Diebstahl und Unterschlagung unter besonderer Berücksichtigung des Zueignungsbegriffes.

Dissertation

zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Vorgelegt von

Paul Blümel

Referendar

in

Schweidnitz

1929

Spezialdruckerei für Dissertationen Dr. Hermann Eschenhagen K.-G. Ohlau i. Schl.

Gedruckt mit Genehmigung
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau

Berichterstatter: Prof. Dr. Heilborn

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Herrn Städt. Kirchenrat pastor prim. Fuchs
zu St. Elisabeth in Breslau
in Dankbarkeit zugeeignet.

Einteilung.

Seite

§ 1 Der Zueignungsbegriff in formeller Hinsicht . . 3 ff.

§ 2 Der Zueignungsbegriff in materieller Beziehung . 12 ff.

§ 3 Folgerungen . . . . . 27 ff

§ 4 Diebstahl und Unterschlagung de lege ferenda . 32 ff

Man mag ruhig sagen: „Die Römer kamen ein Jahrtausend vor den Germanen über die niedrigste Stufe des Rechtes hinaus.“

Man soll darauf aber auch die Antwort hören: „Die Römer kamen in allen Zeiten nie über die niedrigste Stufe eines lebendigen Lebens!“ Boos.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548206_0086

Es mag auf den ersten Blick müßig erscheinen, erneut den Diebstahls- und Unterschlagungsbegriff zu untersuchen, da sich nahezu die gesamte strafrechtliche Literatur mit den hierbei auftretenden Streitfragen beschäftigt hat. Die Rechtfertigung folgt allein aus dem Ziel vorliegender Arbeit. Dieses besteht darin, im Hinblick auf die Strafrechtsreform Diebstahls- und Untersuchungsbegriffe herauszuarbeiten, deren tiefste Wurzeln die Kraft aus deutschrechtlichen Quellen ziehen, die sich selbst aber nur als Form, als juristisches Gewand dessen erweisen, was im Volke als Rechtsüberzeugung lebt. So wird zum Ziel im weitesten Sinne die Forderung, gesetztes Recht und Rechtsüberzeugung miteinander in Einklang zu bringen, umsomehr, als nur unter dieser Voraussetzung der Berufsrichter wie der Laienrichter „Richtiges Recht" = Recht in Uebereinstimmung mit dem sozialen Ideal (Stammler) sprechen kann.

Aus demselben inneren Rechtsgrund ergibt sich aber die Notwendigkeit, vorab die geltenden Begriffe zu klären. Denn die Tatsache, daß trotz aller bisher aufgestellten Theorien Fälle denkbar sind,[1] die nach der Rechtsüberzeugung des gemeinen Mannes den Tatbestand des Diebstahls beziehungsweise den der Unterschlagung verwirklichen, ohne daß sie dementsprechend geahndet werden, beweist hinsichtlich der Gültigkeit und praktischen Brauchbarkeit der im Gesetz verankerten Begriffe, — anders hinsichtlich der in Beziehung auf diese Begriffe aufgestellten Theorien, — nichts. Sie läßt insbesondere die Frage offen, inwieweit nicht schon der Widerspruch auf dem Auseinanderfallen von Rechtsüberzeugung und Auslegung beruht, die die Wissenschaft jenen Begriffen gegeben hat. Deshalb muß es vorweg Aufgabe sein zu versuchen, schon im Wege der Auslegung des geltenden Gesetzesbuchstaben zu Ergebnissen zu kommen, die soweit wie möglich der Rechtsüberzeugung, der Verkehrsanschauung und dem Verkehrsbedürfnis entsprechen.[2]

1) Siehe S. 40.
2) Vgl. Boos S. 9.

Da nun die Tatbestandsmerkmale des Diebstahls und der Unterschlagung bis auf das der Zueignung in ihrer rechtlichen Tragweite — cum grano salis — unbestritten sind, so kann die Fehlerquelle, — soweit man sie in der Auslegung sucht, — nur in der Auslegung zu finden sein, die dem Begriff der Zueignung gegeben wird. Die Untersuchung des Diebstahls- und Unterschlagungsbegriffs spezialisiert sich so auf die Untersuchung des Zueignungsbegriffs und führt damit unmittelbar zu der Frage: „Was wird unter Zueignung verstanden, was ist unter Zueignung zu verstehen."

Die gestellte Frage ist einer zweifachen, verschiedenen Beantwortung fähig, je nachdem man das Schwergewicht auf die Betonung der formellen oder der materiellen Seite legt.

Formell lautet die Frage: „Gehört der Zueignungsbegriff dem inneren oder äußeren Tatbestand der Eigentumsdelikte an?"

Materiell: „Was ist der Inhalt jenes Zueignungsbegriffes?"

---

§ 1.

In Beantwortung der ersten Frage sind im Schrifttum drei Auffassungen vertreten. Die erste rechnet den Zueignungsbegriff dem inneren Tatbestand zu, (Subjektive Theorie),[3] die zweite dem äußeren, (Objektive Theorie),[4] die dritte — unbewußt — allen beiden.[5] Diese Verschiedenheit beruht einmal darauf, daß zumeist nur gründlich und erschöpfend die Zueignungsabsicht des § 242 St.G.B. behandelt, die Zueignung des § 246 aber mit wenigen Worten abgetan wird,[6] zum andermal darauf, daß man sich nicht darüber klar ist, ob das Erfordernis der Absicht in § 242 den Begriff der Zueignung einengt, erweitert oder unberührt läßt.[7]

Von praktischer Bedeutung wird diese Verschiedenheit insbesondere in der gegenseitigen Abgrenzung von vollendeter, versuchter Unterschlagung, Vorbereitungshandlung und in der Beurteilung der Möglichkeit eines in mittelbarer Täterschaft begangenen Diebstahls.

Soweit es sich um die Abgrenzung im Rahmen des Tatbestandes der Unterschlagung handelt, führt die subjektive Theorie zu unannehmbaren Ergebnissen. Unerheblich ist meines Erchtens zwar,[8] daß sie mit dem Gesetz unmittelbar insofern in Widerspruch gerät, als nach ihr Versuch und Vorbereitungshandlung begrifflich ausgeschlossen sind, während § 246 ausdrücklich den Versuch hervorhebt und unter Strafe stellt. Wenn auch die Verfasser der Motive einen Versuch für möglich gehalten haben, so ist hieran die wissenschaftliche Forschung nicht gebunden. Der Kern des Problems liegt wo anders. Sieht man die Zueignung als inneres Tatbestandsmerkmal an, dann würde in § 246 einzig und allein der Wille bestraft ohne Rücksicht darauf, ob er nach außen in Erschei-

3) Höpfner, Diebstahl, S. 124, 125, Krebs, S. 32.
4) v. Liszt S. 617, § 127 V, Sauer S. 288, Graf Gleispach S. 41, v. Olshausen S. 1209/11/§ 246, Ebermayer S. 750/2/§ 246, Oppenhoff S. 613/31/§ 246, Schwartz S. 553/§ 246, Frank S. 518/III/§ 246, Allfeld S. 436 V.
5) Eckstein G.S. Bd. 80 S. 299, Rotering G.S. Bd. 36 S. 523.
6) Graf Gleispach S. 26.
7) Vgl. S. 11.
8) a. M. Frank S. 518/III/§ 246.

nung getreten ist oder nicht. Eine derartige Lösung ist aber unhaltbar. Grundprinzip im Strafrecht, wie es schon der Rechtssatz, „nemo cogitationis poenam patitur", ausdrückt, muß bleiben: „Der Wille ist solange straflos, als er sich nicht in verbrecherische Tat umgesetzt hat."[9]

Demgegenüber vertritt die herrschende Ansicht den Standpunkt, daß die Zueigung äußeres Tatbestandsmerkmal ist und vermeidet insoweit den eben gekennzeichneten Fehler der subjektiven Theorie. Sie fällt aber in das gegenteilige Extrem insofern, als sie davon ausgeht, daß der Willensrichtung bei Beurteilung der Frage, ob eine Handlung sich als Zueignung erweist, keine Bedeutung zukommt,[10] und hierbei übersieht, daß letzten Endes nicht die Handlung um ihrer selbst willen, sondern der sie verursachende, schuldhafte Wille gestraft wird.

Eigenartig erscheint zuerst der Weg, den Eckstein gegangen ist.[11] Er betont — gleichwie die subjektive Theorie — daß die Zueignung Willensentschluß und damit inneres Tatbestandsmerkmal ist, und daß daher die äußeren Handlungen nur Indizien für die innerlich gefaßte Zueignung sind. Dadurch aber, daß er von dem Vorhandensein der Indizien die Strafbarkeit abhängig macht, fügt er sie gleichzeitig als äußere Tatbestandsmerkmale ein. Mit Recht weist Krebs deshalb darauf hin, daß Eckstein Tatbestandsmerkmale und Beweismomente durcheinander wirft. Letzten Endes ist dies aber nur ein Konstruktionsfehler. Was Eckstein will, ist etwas anders. So wie das Reichsgericht, das in den früheren Entscheidungen auch auf dem Boden der herrschenden, objektiven Theorie stand, mit Rücksicht auf das Verkehrsbedürfnis sich gewandelt und neuerdings zur Erfüllung des Zueignungsbegriffes und damit zur Vollendung des Tatbestandes der Unterschlagung, — sogar gegen den Wortlaut des Gesetzes, — jede Willensäußerung genügen läßt, die eine Zueignungsabsicht offenbart,[12] so will auch Eckstein mit seiner Theorie dem praktischen Leben dienen. Das Ziel, das Eckstein im Auge hat, ist daher richtig, wenn auch der Weg verfehlt ist.

9) Petri S. 13, Graf Gleispach S. 41.
10) Sauer S. 288.
11) G.S. Bd. 80 S. 299, G.A. Bd. 59 S. 416.
12) R.G. Bd. 55 S. 146, Bd. 58 S. 230, ferner Urteil III. 268/25 vom 11. 7. 1925 in D.J.Z. Bd. 31 S. 239.

Bei Herausarbeitung der eigenen Ansicht soll jenem Gesichtspunkt besonders Rechnung getragen werden.

Weniger entgegengesetzt sind die Ergebnisse, zu denen die subjektive und die objektive Theorie (im Augenblick von der Ansicht Ecksteins abgesehen) hinsichtlich des Problems des in mittelbarer Täterschaft begangenen Diebstahls gelangen. Die Fragestellung ist hierbei — in der Formulierung von Binding —[13] folgende: „Ist derjenige, der eine fremde Sache veräußert und sie dem gutgläubigen Käufer zur Abholung bezeichnet, wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft zu bestrafen?"

Es ist allgemein anerkannten Rechtes, daß in allen Fällen der mittelbaren Täterschaft der innere Tatbestand in der Person des mittelbaren Täters gegeben, in Verwirklichung dessen schuldhaften Vorsatzes die äußere Handlung von dem Dritten gesetzt sein muß. Darüber hinaus folge, — wie die herrschende Ansicht betont, — aus dem Wesen derjenigen Verbrechen, deren innerer Tatbestand sich nicht im Vorsatz erschöpfe, sondern ein weitergehendes Willensmerkmal verlange, daß auch dieses in das schuldhafte Wollen des mittelbaren Täters eingeschlossen sein müsse. Bei den Absichtsdelikten habe sich daher in der Person des Veranlassenden der allgemeine Vorsatz und die auf Erreichung des Tatbestandserfolges gerichtete Absicht zu vereinen, mit andern Worten, im Falle des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft müsse auch die Absicht der rechtswidrigen Zueignung in der Person des mittelbaren Täters gegeben sein.

Hiermit weiß die subjektive Theorie allerdings nichts Rechtes anzufangen. Nach ihr ist ja die Zueignung bereits Willensentschluß, ein weiteres diese charakterisierendes Willensmerkmal damit begrifflich unmöglich. Sie tut daher das Gleiche, was als erster Binding[14] — wenn auch in anderem Zusammenhang — getan hat, sie setzt Vorsatz-Absicht und stempelt so den Diebstahl zur qualifizierten Unterschlagung, bei der als zweites Delikt noch ein Vorstoß gegen die Besitzesordnung hinzutritt. Letzteres vollzieht objektiv der Getäuschte dadurch, daß er die ihm bezeichnete Sache wegnimmt. Der Vorsatz hierzu und der Zueignungsentschluß — damit die Zueignung selbst — aber vereinen sich in der

13) L.Z. 1916 S. 6.
14) Normen Bd. 2 S. 1151.

Person des Veranlassenden. Weil nun im Sinne der subjektiven Theorie die körperliche Handlung zur Erfüllung des Zueignungsbegriffes nicht erforderlich ist, deshalb ist auch der von Binding[15] erhobene Vorwurf, daß man die Verfügung über eine Sache, die garnicht eigenem Herrschaftsbereich unterworfen sei, nicht einer Verfügung gleichstellen könne über einen Gegenstand, den man in eigenem Gewahrsam habe, insoweit ungerechtfertigt. Ebenso unbegründet ist aber auch der weitere von Binding an gleicher Stelle erhobene Einwand, daß man sich gewissermaßen die ganze Welt zueignen könne, indem man über sie Veräußerungsverträge abschlösse. Denn der Tatbestand des § 242 erfordert insbesondere die Wegnahme der Sache selbst. Man mag noch soviel Veräußerungsverträge über fremde Sachen abschließen und wird dennoch in mittelbarer Täterschaft den Tatbestand des Diebstahls nur dann vollenden, wenn sich der gutgläubige Dritte zur Selbstabholung, damit zum Bruche fremden Gewahrsams bestimmen läßt.

Die eigentliche Schwierigkeit liegt nicht hier. Sie beruht darin, daß in der Beurteilung des Problems des in mittelbarer Täterschaft begangenen Diebstahls sich die Frage Zueignung = Willensentschluß oder Zueignung = äußeres Tatbestandsmerkmal mit der nach dem Inhalt der Zueignung überschneidet. Das Gesetz selbst zwingt in § 242 zu dieser Stellungnahme dadurch, daß es von der Absicht „sich" zuzueignen spricht und damit die Zueignung zu Gunsten eines anderen ausschließt. Sieht man nun die Zueignung darin, daß der Täter selbst zur Sache ein eigentumsgleiches Herrschaftsverhältnis begründen muß, — so die formaljuristische Theorie, — so ist es durchaus folgerichtig, daß Höpfner, der in sich die Auffassung der subjektiven Theorie mit der der formaljuristischen Theorie vereint, in dem von Binding gegebenen Beispiel die Möglichkeit eines in mittelbarer Täterschaft ausgeführten Diebstahls verneint.[16]

Erblickt man hingegen den Inhalt der Zueignung gemäß der wirtschaftlichen Theorie in der Verwertung der Sache, der Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes, so kommt es nicht darauf an, was mit der Sache selbst geschieht, sofern

15) L.Z. 1916 S. 7.
16) S. 214 in Z. Bd. 22.

sich nur der Täter, hier der Veranlassende, den wirtschaftlichen Wert der Sache verschafft.[17]

Dieser Standpunkt, also einmal Zueignung-Willensentschluß, zum andernmal Zueignung-Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes, wird insbesondere von Krebs vertreten,[18] der damit zur Bestrafung des Veranlassenden wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft gelangt.

Vor dieselbe Schwierigkeit, die sich durch die Verknüpfung der eingangs aufgeworfenen zwei Fragen ergibt, sieht sich gleichfalls die objektive Theorie gestellt. Auch ihre Vertreter gehen, soweit sie formaljuristisch eingestellt sind, davon aus, daß der Veranlassende in seiner Person ein eigentumsgleiches Verhältnis begründen, wie ein Eigentümer über die Sache verfügen müsse. Da sie nun in der Zuneigung andrerseits eine H a n d l u n g erblicken, so ist nach ihrer Ansicht in der Person des Veranlassenden die Zueignungsabsicht nur dann vorhanden, wenn der die äußere Handlung Ausführende für den Veranlassenden den Gewahrsam begründet, zunächst für diesen zueignet.[19] In Fällen, die so gelagert sind wie das von Binding gegebene Beispiel, ist daher nach ihnen nur wegen Betrugs, nicht aber wegen mittelbaren Diebstahls zu strafen. Auch hier läßt sich in folgerichtiger Durchführung der objektiven, formaljuristischen Theorie ein anderes Ergebnis nicht erzielen. Deshalb ist die entgegengesetzte Ansicht von Allfeld[20] und Kohler,[21] die ohne jede nähere Begründung Diebstahl für gegeben erachten, vom Standpunkt der objektiven, formaljuristischen Theorie nicht recht verständlich.

Demgegenüber ist nach der objektiven, wirtschaftlichen Theorie, — auf deren Boden neuerdings das Reichsgericht steht, — die Wegnahme beziehungsweise die Gewahrsamsbegründung nur das Mittel, um die Sache ihrem Sachwert nach endgültig in das Vermögen des Wegnehmenden zu bringen.[22] Aus diesem Grunde ist es für sie auch gleichgültig, ob der Täter den Gewahrsam an der Sache erst in seiner Per-

17) Graf Gleispach S. 41, Sauer S. 297.
18) S. 32.
19) Röhricht S. 47, Winter S. 25, sowie das Reichsgericht in seinen früheren Entscheidungen Bd. 11 S. 239, Bd. 21 S. 111.
20) S. 510.
21) S.35, 117.
22) Sauer S. 286, Zimmer S. 126, Schütze S. 472, Frank S. 495/VI/2/§ 242, RG. Bd. 47 S. 149.

son begründet und sie später unter Ausnützung ihres Sachwertes unmittelbar an einen Dritten weitergibt, oder ob er — als mittelbarer Täter — von vornherein den Dritten in die Lage setzt, unmittelbar sich die Sache zu verschaffen. Voraussetzung ist jedoch, gleichwie bei der subjektiven, wirtschaftlichen Theorie, daß der mittelbare Täter den wirtschaftlichen Wert gewinnt.[23]

Unabhängig von der subjektiven und objektiven Theorie ist Eckstein auch in der Frage des Diebstahls in mittelbarer Täterschaft seinen eigenen Weg geschritten.[24] Er geht davon aus, daß der Erwerber nicht für sich, sondern für den Veräußerer wegnehme und somit zuerst in dessen Person den Gewahrsam begründe. Die Gestattung der Abholung einer Sache habe nicht den Gedanken zur Grundlage, der Erwerber könne sich die Sache aneignen, sondern, statt des Veräußerers möge der Erwerber die Sache direkt holen. Statt daß nun der Veräußerer selbst die Sache nehme und den Besitz übertrage, ergreife der Erwerber zunächst den Besitz für den Veräußerer, im selben Augenblick, aber unter Voraussetzung dieses ersten Moments, für sich selbst. Der juristische Inhalt des Vorgangs enthalte also die Ergreifung des Fremdbesitzes und sofortige Umsetzung des Fremdbesitzes in Eigenbesitz.

Gegen diese Ansicht lassen sich Bedenken in dreifacher Hinsicht geltend machen. Erstens ist es strafrechtlich überhaupt unzulässig, in den Begriff des Gewahrsams bürgerlichrechtliche Erwägungen in der Art hineinzutragen, daß man von Gewahrsamsbegründung des mittelbaren Täters, „vertreten durch sein Werkzeug", spricht,[25] denn sowohl Bruch fremden Gewahrsams als auch Herstellung eigener Herrschaftsmacht sind Erscheinungsformen, die als strafrechtliche, dem äußeren Tatbestand angehörende Merkmale nur von dem Ausführenden selbst, niemals aber von ihm als Vertreter eines Dritten verwirklicht werden können. Zweitens ist die Ansicht selbst dann, wenn man bürgerlich-rechtliche Begriffe heranzieht, „zivilrechtlich" irrig. Eckstein übersieht, daß gemäß § 854 Abs. 2 BGB. dem Erwerber durch die Einigung unmittelbar Eigenbesitz übertragen wird, sofern er imstande ist, die tatsächliche Gewalt auszuüben. Es liegt jedoch recht-

23) RG. Bd. 48 S. 59, 60.
24) G.S. Bd. 80 S. 299 ff., G.A. Bd. 59 S. 418.
25) In diesen Fehler verfällt übrigens auch Sauer (S. 291).

lich kein Grund vor, demjenigen Erwerber Eigenbesitz abzusprechen, der infolge der mangelnden Verfügungsmacht des Veräußerers zwar nicht im Augenblick der Einigung, aber durch spätere tatsächliche Ausübung eigenen Willens unmittelbaren Besitz an der Sache erlangt.

Drittens entsprechen auch in tatsächlicher Beziehung die Ausführungen Ecksteins nicht der Wirklichkeit. Es wird durch nichts gerechtfertigt, dem Handeln des gutgläubigen Käufers den Gedanken zu Grunde zu legen, er wolle den Besitz zunächst, wenn auch nur für einen Augenblick, für den Verkäufer haben. Denn der gutgläubig Abholende hält sich ja bereits für den Eigentümer und will daher nur für sich allein das vermeintliche Eigentum und den Besitz unter jeglicher Ausschließung Dritter — auch des Verkäufers — ausüben.[26]

Zur richtigen Entscheidung der Frage, ob bezw. inwieweit die Zueignung als inneres oder äußeres Tatbestandsmerkmal anzusehen ist, ist erforderlich, vorab zu betonen, daß es sich hinsichtlich des Zueignungsbegriffes nicht um einen reinen Rechtsbegriff, sondern um einen Begriff handelt, der an und für sich außerhalb der Rechtssphäre steht, den aber das Recht in seinen Bereich gezogen, und an den es gewisse Rechtswirkungen geknüpft hat.[27] Diese Feststellung zu treffen ist insofern notwendig, als sich hieraus die Berechtigung herleitet, dem Sprachgebrauch Rechnung zu tragen.

Die objektive Theorie stützt ihre Auffassung, daß es sich bei dem Zueignungsbegriff um ein äußeres Tatbestandsmerkmal handle, darauf, daß in § 246 — von der Zueignung abgesehen — eine äußere Handlung nicht unter Strafe gestellt sei, die Zueignung daher diese strafbare Handlung sein müsse. Wäre dem so, dann dürfte bei der Beurteilung der Frage, ob Zueignung objektiv vorliegt, der Willensrichtung keine Bedeutung zukommen, mit anderen Worten, sowohl fahrlässige als vorsätzliche Zueignung müßte denkbar sein. Ich frage daher: „Ist fahrlässige Zueignung sprachlich und logisch möglich?" Meines Erachtens hat die Antwort verneinend zu lauten. Ich kann fahrlässig einen Menschen töten, eine Sache beschädigen, aber ich kann mir nicht etwas fahrlässig zueignen.[28] Zueignung ist stets gewollt, bewußt, fahr-

26) Binding L.Z. 1916 S. 5.
27) Krebs S. 11, Zimmer S. 35, Eckstein G.S. Bd. 80 S. 283.
28) Ullmann S. 6 ff.

lässiges Handeln ist stets ungewollt, unbewußt. Eine fahrlässige Unterschlagung gibt es daher aus dem Grunde ebensowenig wie einen fahrlässigen Diebstahl, weil in dem Begriffe der Zueignung das Erfordernis der Absichtlichkeit des Handelns mit logischer Notwendigkeit enthalten ist.[29]

Wenn Feuerbach der Ansicht ist, fahrlässiger Diebstahl sei philosophisch denkbar,[30] so ist das meines Erachtens nur ungenau ausgedrückt. Sofern ich Feuerbach recht verstehe, will er damit zum Ausdruck bringen, daß man sich fahrlässig über die Widerrechtlichkeit der Zueignung irren kann. Denn, wie an anderer Stelle noch ausgeführt werden wird, besagt der Zueignungsbegriff darüber, ob die Zueignung zu Recht oder Unrecht erfolgt, garnichts. Uebrigens ist der Gedanke, daß Diebstahl nur vorsätzlich begrifflich möglich ist, altes deutsches Recht.[31] Das ergibt sich besonders daraus, daß nach dem Sachsenspiegel der Mißgriff nicht als Diebstahl bezeichnet und unter Strafe gestellt ist, sondern nur zur Rückgabe verpflichtet.[32]

Es ist daher meines Erachtens nicht nur überflüssig, sondern sogar irreführend, wenn gelehrt wird, die Zueignung müsse vorsätzlich gewollt sein, weil damit zum Ausdruck gebracht wird, daß fahrlässige Zueignung möglich sei.

Nimmt man den eben dargelegten Standpunkt ein, daß in dem Begriff der Zueignung notwendig der Begriff des vorsätzlichen Handelns enthalten ist, daß daher insoweit die Zueignung inneres Tatbestandsmerkmal ist, so erhebt sich die weitere Frage: „Erschöpft sich im inneren Tatbestand der Zueignungsbegriff oder enthält er darüber hinaus ein dem äußeren Tatbestand angehöriges Merkmal?“ Ich beantworte die Frage bejahend in letzterem Sinne und vertrete damit insoweit den Standpunkt von Feuerbach:[33] „Die Zueignung setzt sich aus zwei Bestandteilen zusammen, dem Willen, die fremde Sache zu Eigen zu haben und einer körperlichen Handlung.“ Die Rechtfertigung dieser Auffassung ergibt sich meines Erachtens nicht nur aus dem Grundprinzip, daß der schuldhafte Wille allein nicht strafbar ist, sondern insbesondere aus der Tatsache, daß der Sprachgebrauch unter dem

29) Kapff S. 100, Dickel S. 50, Maschke S. 200.
30) § 320 S. 266.
31) Sachsenspiegel II. 36 § 1.
32) Sachsenspiegel III. 89.
33) § 316 S. 262, so auch Rotering G.S. Bd. 36 S. 523.

Wort Zueignung sowohl Zueignungsentschluß als Zueignungsakt versteht. Die Zusammenfassung dieser beiden Unterbegriffe ist aber das, was sich als Zueignung im Sinne des Gesetzes erweist.

Soweit es sich um den Zueignungsbegriff handelt, den das Gesetz in § 246 verwendet, ergeben sich weitere Schwierigkeiten nicht. Anders scheinbar hinsichtlich des in § 242 normierten Zueignungsbegriffes. Das Gesetz spricht hier von der Absicht, sich zuzueignen. Es wurde bereits betont, daß ein Teil der Literatur[34] auf dem Standpunkt steht, daß dadurch der Zueignungsbegriff des § 242 gegenüber dem des § 246 erweitert wird, erweitert insofern, als die Zueignung nicht nur wie in § 246 vorsätzlich gewollt, sondern Beweggrund zum Handeln geworden sein muß. Dieser Ansicht vermag ich nicht beizutreten. Enthält der Zueignungsbegriff als notwendigen Bestandteil den Zueignungsentschluß, also ein inneres Tatbestandsmerkmal, so ist es meines Erachtens überflüssig, dieses durch ein weiteres inneres Tatbestandsmerkmal zu charakterisieren. Das Gleiche gilt auch gegenüber der Ansicht von Binding,[35] daß für Absicht Vorsatz zu setzen sei. Andrerseits ergibt sich aber aus dem einfachen Dasein der Zueignungsabsicht, daß der Gesetzgeber hiermit einen bestimmten Zweck verfolgt hat. Es bleibt somit nur noch übrig, dem Erfordernis der Absicht die Auslegung zu geben, die ihr vielfach im Sprachgebrauch gegeben wird, die der Einengung. Deshalb ist die Ansicht derer,[36] die aus „Absicht, sich zuzueignen" schließen, daß es sich im Grunde genommen beim Diebstahl um ein versuchtes Verbrechen handle, im Kern richtig. Nur handelt es sich nicht um einen Versuch im Sinne des § 43, sondern um eine versuchte, beabsichtigte Zueignung, das heißt, eine Zueignung, die sich im Zueignungsentschluß erschöpft. Ein weiterer Zueignungsakt ist nicht erforderlich, Indiz, — nicht Zueignungsakt,[36*] — für den Zueignungsentschluß ist aber die Wegnahme selbst.

Die eingangs gestellte Frage, ob der Zueignungsbegriff dem inneren oder dem äußeren Tatbestand zuzurechnen ist, ist daher dahingehend zu beantworten, daß der Zueignungs-

34) v. Liszt S. 619/V/§ 127, Allfeld S. 446/VII, Frank S. 700/VIIc/§ 242, v. Olshausen S. 1133/27/§ 242.
35) Normen Bd. 2 S. 1151.
36) Wachenfeld S. 375, Kohler S. 117, Rotering G.S. Bd. 36 S. 523.
36*) wie Ebermayer (S. 750/2/§ 246) annimmt.

begriff in § 246 als Zueignungsentschluß inneres, als Zueignungsakt äußeres Tatbestandsmerkmal, die Zueignungsabsicht in § 242 als Zueignungsentschluß ausschließlich inneres Tatbestandsmerkmal ist.

§ 2.

Nunmehr kann zur Beantwortung der eingangs zu zweit gestellten Frage nach dem Inhalt des Zueignungsbegriffes geschritten werden.

Im Schrifttum finden sich hierüber zahlreiche, mehr oder weniger von einander abweichende Begriffsbestimmungen, die sich letzten Endes auf zwei Grundauffassungen zurückführen lassen. Der einen hängen die Vertreter der formaljuristischen Theorie an,[37] der andern die der wirtschaftlichen Theorie.[38] Erstere suchen, wie schon betont, die Zueignung in möglichst enge Verbindung mit dem Eigentumsbegriff zu bringen, letztere unter Beziehung auf wirtschaftliche Zweckmomente, zu erfassen.

Soweit es sich um die formaljuristische Theorie handelt, gehen sowohl die, die in der Zueignung die Herstellung widerrechtlichen Eigentums[39] bezw. eines eigentumsähnlichen Verhältnisses[40] erblicken, als auch die, die nur ein Verhalten erfordern, aus dem der Wille erhellt, wie ein Eigentümer über die Sache zu verfügen,[41] von dem gemeinsamen Grundgedanken aus, daß die drei Verbrechen, Diebstahl, Unterschlagung, Raub, denen der Zueignungsbegriff wesentlich ist, Eigentumsverbrechen sind, und daß daher die Zueignung sich gegen das Eigentum richten muß. Dadurch aber, daß sie unter Zugrundelegung des römisch-rechtlichen Eigentumsbegriffes behaupten, Eigentum sei die Ausübung eigenen, rechtlich geschützten, unmittelbaren Herrschaftswillens in Beziehung auf die Sache unter dauerndem Ausschluß Dritter, legen sie den Nachdruck nicht mehr auf das zwischen Person

37) Wachenfeld S. 374/V., Höpfner Diebstahl S. 124, Binding Lehrb. I. S. 275, Oppenhoff S. 576/41/§ 242, Allfeld S. 436/V., v. Liszt S. 617/V/§ 127, Gerland S. 449, S. 476, Eckstein G.S. Bd. 80 S. 283, Rotering G.S. Bd. 36 S. 520.

38) Frank S. 496/VII2a/§ 242, S. 518/III/246, Graf Gleispach S. 41, v. Pradzynski S. 29 ff., Sauer G.A. Bd. 63, S. 284 ff., v. Lilienthal, Grundriß S. 68, v. Olshausen S. 1133 Anm. 29 zu § 242.

39) Höpfner, Diebstahl S. 23, Eckstein G.S. Bd. 80 S. 285, Wachenfeld S. 374V, das Reichsgericht in früheren Entscheidungen Bd. 2 S. 27, Bd. 9 S. 383.

40) Schwartz S. 535/9/§ 242, Oppenhoff S. 576/41/§ 246, Binding, Normen II. S. 1035 ff., Eckstein G.S. 80 S. 283 ff.

41) v. Liszt S. 618/V/§ 127, Gerland S. 449, Allfeld 436/V.

und Sache bestehende Lebensverhältnis, sondern auf die tatsächliche Herrschaftsgewalt selbst. Nur so ist es zu erklären, daß Binding[42] zu der Behauptung kommt, das charakteristische Merkmal bei den Zueignungsverbrechen sei nicht der Schutz des Eigentums, sondern der Schutz der Verfügungsgewalt des Eigentümers. Von hier aus ist es übrigens nur ein Schritt bis zu dem Standpunkt, den alle Anhänger der formaljuristischen Theorie vertreten: „Zueignung ist Angriff auf das Eigentum nur dann, wenn sie sich gegen die dem Eigentum zu Grunde liegende Sachherrschaft richtet."

Es sei zugegeben, daß man in vielen Fällen mit den von der formaljuristischen Theorie aufgestellten Begriffen auskommen wird. Meistens vielleicht wird Zueignung Ausübung des Eigentumsinhaltes, eigentumsgleiche Herrschaft in unmittelbarer Beziehung auf die Sache sein.[43] Oft wird sich das Bestreben des Täters darin erschöpfen, wie ein Eigentümer unter dauerndem Ausschluß Dritter über die Sache „als solche" zu verfügen, zu ihr ein Verhältnis zu begründen, dem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein.[44]

Daß aber die formaljuristische Theorie dennoch innerlich morsch ist, erweist sich bei Prüfung der Frage, wann nach ihr Zueignung an einem Wertpapier möglich ist. Für sie liegt die Schwierigkeit darin, daß es dem, der ein Wertpapier stiehlt oder unterschlägt, meistens nicht darum zu tun ist, sich das Papier als „Sache" zuzueignen, sondern sich das in der Sache bekundete Recht zu verschaffen. Da aber, wie sie betont, das Gesetz ausdrücklich Zueignung von Sachen verlangt, somit mittelbare und unmittelbare Zueignung von Rechten ausschließt,[45] andrerseits aber Rechte selbst durch innigste juristische Verknüpfung mit Sachen nie etwas Körperliches werden, vielmehr stets sich gleich, abstrakt, von der Sache losgelöst bleiben,[46] kann sie zu einheitlichen Schlußfolgerungen nicht kommen. Voraussetzung zur Bejahung der Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der Zu-

42) Lehrb. I. S. 235.
43) v. Liszt S. 617/V/§ 127, Gerland S. 449, Wachenfeld S. 374/V.
44) Binding, Normen II. S. 1049.
45) v. Liszt S. 611/II/1/§ 127, Oppenhoff S. 606/3/§ 246, Schwartz S. 550/2a/246, Allfeld S. 432/III.
46) Binding L.Z. 1916 S. 5.

eignung als gegeben anzusehen ist, ist nach ihr, daß der Täter, falls er das in der Sache liegende Recht für sich geltend macht, den Eigentümer nicht nur vorübergehend der Willensherrschaft über die „Sachsubstanz" entkleidet, sondern ihm diese dauernd entzieht. Hierauf beruht auch der verschiedene Maßstab, den die formaljuristische Theorie einmal an das Inhaberpapier, zum andernmal an das Legitimationspapier legt. Denn da das im Inhaberpapier ruhende Recht nicht geltend gemacht werden könne, ohne daß es die endgültige Entziehung des Papiers für den Eigentümer zur Folge habe, müsse der Täter, um das Recht zu gewinnen, zuerst das Papier als Sache in Betätigung eigener Willensherrschaft dem Eigentümer entfremden, es sich seiner körperlichen Eigenschaft nach zueignen. Handle es sich hingegen um ein Legitimationspapier, eine Beweisurkunde, so sei maßgebend, ob neben der Entwertung des bekundeten Rechts eine endgültige Sachentziehung stattfinde oder nicht.[48]

Das typische Beispiel hierfür ist die Entwendung eines Sparkassenbuches. Geschieht diese in der Absicht, das Buch nach teilweiser Abhebung des Guthabens dem Eigentümer wiederzugeben, so liegt nach der formaljuristischen Theorie nur widerrechtlicher Gebrauch vor, da die Absicht wiederzugeben die, sich zuzueignen, ausschließt. Anders ist nach ihr zu entscheiden, falls das Sparkassenbuch nach geschehener Entwertung durch den Täter von der Sparkasse einbehalten wird.[49]

Wohin man mit derartigen Auffassungen kommt, zeigen fast noch besser die Ausführungen von Dürr,[50] nach dem ein bloßes widerrechtliches Gebrauchen selbst dann noch anzunehmen ist, wenn der Täter den weitaus größten Teil der Hauptleistung in sein Vermögen gebracht hat. Eine Betätigung der Zueignungsabsicht sei erst gegeben, „wenn der Rest der Leistung, welchen der Papiereigentümer vom Schuldner noch zu fordern hätte, ein so unbedeutender ist, daß begründete Aussicht besteht, er werde auf die Geltendmachung dieses Anspruchs verzichten, und wenn der Täter offensicht-

47) Ebermayer S. 725/IIc/§ 242, Schwartz S. 527, v. Liszt S. 618/V/§ 127, Allfeld S. 437 Anm. 43, Oppenhoff S. 567/3/§ 242, R.G. Bd. 40 S. 10.
48) Ebermayer S. 725/IIc, Allfeld S. 437 Anm. 43.
49) Micelli S. 61, Schwartz S. 522 c/§ 246, Ebermayer S. 750/2/§ 246.
50) S. 39.

lich diese Möglichkeit als naheliegend vorausgesehen und gebilligt hat."

Eine Kritik erübrigt sich fast, das Beispiel beweist bereits deutlich genug, daß die formaljuristische Theorie auf sehr schwachen Füßen steht. Sie führt dazu, die Anwendung einer Strafrechtsnorm von einem Gesichtspunkt abhängig zu machen, der für die Willensbildung des Täters in keinerlei Weise maßgebend ist. Im Gegenteil, dem Verbrecher, der ein Sparkassenbuch entwendet, ist nichts gleichgültiger als die Frage: „Was mache ich nach der Entwertung mit dem Buche selbst." Bei folgerichtiger Durchführung der formaljuristischen Theorie müßte sogar derjenige, der das entwertete Buch dem Eigentümer zurücksendet, um zum Schaden noch den Spott zu fügen, milder — wegen Betrugs — zu bestrafen sein, als der, der es aus irgendeinem Grunde nicht wiedergibt oder nicht wiedergeben kann und deshalb wegen Diebstahls zur Rechenschaft gezogen wird.[50*]

Zusammenfassend ist der formaljuristischen Theorie gegenüber hervorzuheben: Da der Ausgangspunkt, Schutz des Eigentums, in seinem Wesen und Inhalt verkannt wird, sind alle von den formaljuristischen Theoretikern aufgestellten Zueignungsbegriffe unbefriedigend. Es sei nochmals darauf hingewiesen, daß daran die Tatsache, daß man in vielen Fällen mit ihren Begriffen auskommt, nichts ändert. Denn maßgebend für die Gültigkeit und Brauchbarkeit einer Theorie ist nicht die Zahl der praktischen Fälle, die von ihr erfaßt werden kann, sondern die Art und Weise, in der dieses Erfassen geschieht. Legt man aber diesen Maßstab an, dann tritt das Versagen der formaljuristischen Theorie zutage. Sie muß versagen, weil sie „formaljuristisch" ist und daher vergißt, daß das Gesetz Kleid des Gesetzgebungsgeistes ist, und sie ist formaljuristisch, weil sie vergißt, daß Diebstahl, Unterschlagung deutschrechtliche Institute und daher trotz ihrer Beziehungen zu Rechtsformen des Bürgerlichen Rechts dem römisch-rechtlichen Geiste abstrakter Formen und Formelbildung unzugänglich sind.

Diesen Mangel empfinden die Vertreter der formaljuristischen Theorie unbewußt selbst. Um ihm abzuhelfen, las-

50*) Ausschlaggebend für die Beurteilung der Frage, ob eine Strafe milder als eine andere ist, ist nicht allein das jeweilige Strafmaß, sondern in erster Linie der Strafgrund, das zur Anwendung gelangte Strafgesetz.

sen sie sich daher von der Erinnerung an die Vergangenheit leiten und sehen in dem Zueignungsbegriff des Reichsstrafgesetzbuches einen Sammelbegriff von Zueignungshandlungen, wie sie das Preußische Strafgesetzbuch in den §§ 225, 226 aufzählte.[51] Damit verfallen sie jedoch in einen zweiten Fehler insofern, als sie letzten Endes auf das hinauskommen, was der Wortlaut des Gesetzes gerade vermeiden will, aus einzelnen Handlungen den Zueignungsbegriff zu prägen, ihn mehr oder weniger für die einzelnen Tatbestände zuzuschneiden.[52]

Mag auch für den Gesetzgeber bei der Fassung des Gesetzes allein der Gedanke ausschlaggebend gewesen sein, mit der kasuistischen Nebeneinanderstellung aufräumen, im übrigen einen Begriff zu geben, der sich mit der Summe jener Einzelbegriffe deckt,[53] so ist jenes Rechtsprichwort: „Das Gesetz ist oft klüger als der Gesetzgeber", hier am Platze. Denn Sinn des Gesetzes kann und darf nur sein: „Der Zueignungsbegriff ist seinem Inhalt nach nicht induktiv aus einzelnen oder einer Mehrheit von Handlungen, sondern von diesen losgelöst aus sich heraus zu entwickeln."

Eigenartig ist die Stellung des Reichsgerichts zu der Frage, ob bezw. wann Zueignung vorliegt, wenn der Täter das in der Sache liegende Recht entwertet. Es hat hierbei seine Ansicht dreimal gewandelt. Zwar erkannte es von vornherein die Notwendigkeit an, diese Verbrechen zu strafen als das, was sie dem Rechtsgefühl nach sind, als Diebstahl, andrerseits wollte es aber den Boden der formaljuristischen Theorie, auf dem es sonst grundsätzlich steht, nicht recht verlassen. Dieser Zwiespalt ließ eine Konstruktion entstehen, die zwar in ihrem Ergebnis, nicht aber in ihrem inneren Aufbau befriedigend war. Entgegen der unbestrittenen Ansicht aller formaljuristisch eingestellten Theoretiker, daß selbst bei Inhaberpapieren trotz innigster juristischer Verknüpfung mit dem Papier das Recht etwas von der Sache Losgelöstes bleibt, stellte es den Grundsatz der Identität beider auf und ließ das Recht zur vermögensrechtlichen Substanz der Sache wer-

51) Ueber die Regelung, die die übrigen partikularen Gesetzgebungen getroffen haben, siehe Köstlin S. 153 ff., Huber S. 40, 41.

52) So Allfeld S. 436/V für den Tatbestand der Unterschlagung, Höpfner S. 24 für den des Diebstahls.

53) Vgl. die stenographischen Berichte der Verhandlungen des Norddeutschen Reichstages I. Legislaturperiode Session 1870 Bd. I S. 677 ff.

den, deren Entziehung aber zur Erfüllung des Zueignungsbegriffes genügen.[54]

Was man vom rein formaljuristischen Standpunkt, den ja das Reichsgericht in jener Entscheidung keineswegs aufgeben wollte, sich hierunter vorstellen soll, ist, wie Zimmer hervorhebt,[55] nicht recht ersichtlich.[56] Schwerwiegender ist jedoch eine andere Folgerung. Glaubte das Reichsgericht zur Begriffsbestimmung der Zueignung auf das Erfordernis der „dauernden" Entziehung verzichten zu können und eine Verfügung genügen zu lassen, die an sich zur ausschließlichen Zuständigkeit des Eigentümers gehörte, so gab es damit eins der wichtigsten Merkmale preis, das bis dahin allgemein zur Abgrenzung des Zueignungsbegriffes diente.

Diese Bedenken mögen dem Reichsgericht selbst gekommen sein. Bereits in der nächsten Entscheidung[57] änderte es seine Ansicht und stellte eine neue Theorie, die Sachwerttheorie, auf. Es ging hierbei davon aus, daß dem Zueignungsbegriff der Wille des Täters wesentlich sei, die Sache ihrem Sach-(Substanz)wert nach für sich auszunützen und diesen seinem wirtschaftlichen Vermögen zuzuführen. Um jenen erstrebten Erfolg zu erreichen, gebe es zwei Möglichkeiten. Einmal könne sich der Täter den Wert verschaffen, der in dem Stoff der Sache liege (Stoffwert), zum andernmal den Wert, der ihm durch die Befugnis erwachse, über die in der Sache bekundeten Forderungsrechte jederzeit verfügen zu können (Verkehrswert). Eigne er sich zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Berechtigten den Verkehrswert an und entkleide er dadurch die Sache ihres ökonomischen Wertes, so sei es gleichgültig, was er nachher mit der Sache selbst vornehme.

Den vollen Uebergang in der Frage der Zueignung am Wertpapier zur wirtschaftlichen Theorie, in deren Besprechung nunmehr einzutreten ist, — die Sachwerttheorie stellt ja nur eine Stufe hierzu dar und bedarf daher keiner besonderen Kritik — hat das Reichsgericht in Bd. 39 S. 243 voll-

54) R.G. Bd. 22 S. 3.
55) S. 47.
56) Nach Hartmann (G.A. Bd. 46 S. 262) liegt die Substanzentziehung darin, daß nach jeder Abhebung der Beträge eines Sparkassenbuches beurkundende Schriftzeichen hinzugefügt oder entfernt werden und somit jedesmal eine neue Urkunde unter Verbrauch der früheren entsteht!
57) Bd. 26 S. 152.

zogen. Ausdrücklich hebt es hier hervor, daß die Zueignung in der Verfügung über den wirtschaftlichen Wert besteht.[58]

Von der Erscheinung ausgehend, daß es dem Täter meistens darum zu tun ist, aus der Sache Vorteil, Nutzen, Gewinn zu ziehen,[59] und daß daher die meisten dieser Delikte Bereicherungsverbrechen sind, ist jene wirtschaftliche Theorie dazu gelangt, in dem Wesen der Zueignung die Gewinnung der Sache ihrem Wert nach unter Ausschluß der Berechtigten zu erblicken.[60] In welcher Form die Verwertung geschieht, ist nach ihr unerheblich, ebenso begründet es keinen Unterschied, ob sie sich unmittelbar auf den Stoffwert erstreckt oder auf den Wert der Sache, der erst durch ein verbrieftes oder bekundetes Recht in sie hineingetragen wird.[61] Erst in der Beantwortung der Frage, was unter Wert zu verstehen ist, weichen die Auffassungen voneinander ab. Teils erfordert man objektiven Wert (Tausch- bezw. objektiven Gebrauchswert),[62] teils hält man subjektiven Wert (subjektiven Gebrauchswert) für ausreichend.[63]

Der ersten Gruppe ist, von der Unzulässigkeit volkswirtschaftlicher Betrachtungsmethoden im Augenblick abgesehen, zum Vorwurf zu machen, daß sie in den Tatbestand der Eigentumsverbrechen etwas hineinlegt, was durchaus nicht Tatbestandsmerkmal ist: den Begriff des Wertes, des Vermögens. Weder § 242 noch § 246 spricht von Vermögensbeschädigung oder erfordert die Zueignung eines Vermögensvorteils. Beide Tatbestände schützen ausschließlich das Eigentum an der Sache ohne Rücksicht darauf, ob die Sache irgend einen Tausch- oder Gebrauchswert hat. Ja, Diebstahl bezw. Unterschlagung liegen selbst dann vor, wenn der Geldwert der Sache hinterlegt worden ist. Wenn v. Lilienthal behauptet,[64*] daß es weder dem Volksbewußtsein noch einer verständigen Kriminalpolitik entspricht, den als Dieb zu

58) So auch Urteil v. 28. 9. 1914 in L.Z. 1915 S. 219.
59) Sauer S. 285, v. Lilienthal Z. Bd. 32 S. 2.
60) Frank S. 496/VII 2a/§ 242, Sauer S. 288, Graf Gleispach S. 17, v. Lilienthal, Grundriß S. 68.
61) Graf Gleispach S. 48, Sauer S. 297.
62) v. Pradzynski S. 30, 45, 47, Dörr S. 76, wohl auch Frank S. 497/VII2a/§ 242, der nur objektiven „Geld"wert nicht für erforderlich hält.
63) Sauer S. 285, Krebs S. 28.
64) Allfeld S. 445/VI, v. Liszt S. 617/V/§ 127, Gerland S. 451, Oppenhoff S. 577/45/§ 242, v. Olshausen S. 1141/35/§ 242, auch Frank S. 501/VII2c/§ 242, der eigentlich in folgerichtiger Durchführung seiner wirtschaftlichen Theorie zu einer entgegengesetzten Auffassung wie Sauer S. 286, Krebs S. 28, v. Pradzynski S. 47, Leutz S. 58 kommen müßte.
64*) Z. Bd. 32 S. 17.

strafen, der sich eine wertlose Sache zueignet oder ihren Geldwert hinterlegt, so ist das meines Erachtens nicht richtig. Wir sollten froh darüber sein, daß der Standpunkt des älteren Rechts, nach dem nicht die Individualität der Objekte, sondern ihr Vermögenswert berücksichtigt wurde, überwunden ist. Man ist zudem noch allzusehr geneigt, die Anwendbarkeit des § 242, des § 246 vom kaufmännischen Gesichtspunkt aus zu betrachten. Leugnet man aber in Fällen, in denen eine materielle Schädigung nicht vorliegt, die Schädigung überhaupt, so stempelt man das Leben zu einem einzigen Handelsgeschäft.[65] Schon Bismarck wies bei der Beratung der Strafgesetznovelle vom 26. 2. 1876 darauf hin, daß das Geld im Gesetzgebungstarife höher veranschlagt werde als ideelle Güter. Man könne jemandem wohlfeiler eine Rippe einschlagen, als man sich eine Verletzung seines Vermögens erlauben dürfe.[66]

Ebensowenig ist der Einwand von Dörr,[67] daß aus dem Erfordernis der „rechtswidrigen" Zueignung die Notwendigkeit der geldwerten Benachteiligung eines andern sich ergebe, begründet. Jedes Verbrechen ist rechtswidrig in dem Sinne, daß es ein Gebot oder Verbot der Strafrechtsordnung verletzt. Eine besondere Betonung der Rechtswidrigkeit erübrigt sich daher im allgemeinen, sie ergibt sich aus dem Wesen der strafbaren Handlung von selbst.

Demgegenüber stehen die Verbrechen, in denen die Handlung nicht von vornherein rechtswidrig ist, sondern erst dadurch strafbar wird, daß sie eine außerhalb des Strafrechts liegende Rechtsordnung verletzt. Zu diesen gehören die Eigentumsverbrechen. Die Aufnahme des Begriffes der Rechtswidrigkeit als Tatbestandsmerkmal weist somit auf die jenseits des Strafrechts liegende Eigentumsordnung hin, das heißt, die Verletzung des Eigentums ist notwendige Voraussetzung für die Strafbarkeit. In diesem Sinne muß die Zueignung rechtswidrig sein, sie muß sich gegen fremdes Eigentum und dieses schützende Rechtsnormen richten,[68] ohne daß es darauf ankommt, ob eine geldwerte Benachteiligung — wie es z. B. in den §§ 263 und 268 St.G.B. der Fall ist — erstrebt wird oder nicht.

65) Maschke S. 191, 200, 201.
66) Nach einer Bemerkung bei Maschke S. 263.
67) S. 152. 156.
68) Graf Gleispach S. 50.

Es ist deshalb dabei stehen zu bleiben, daß die Eigentumsverbrechen des geltenden Rechts des Bereicherungscharakters entbehren.[69] Die wirtschaftlich objektive Werttheorie ist daher schon aus formellen Gründen zur Begriffsbestimmung nicht heranzuziehen. Daß sie vom Standpunkt der Dogmatik aus verfehlt ist, wird bei der allgemeinen Kritik der wirtschaftlichen Theorie hervorgehoben werden.

Nach der zweiten Untergruppe der wirtschaftlichen Theorie genügt zur Begriffserfüllung der Zueignung die Verwertung jeder Sache von subjektivem Wert.[70] Auf den ersten Blick scheint diese Auffassung durchaus anzusprechen. Doch läßt auch sie im tiefsten Kern unbefriedigt. Man mag sich drehen, wie man will, über einen bestimmten Bannkreis kommt man selbst bei volkswirtschaftlich-subjektiver Betrachtungsweise nicht hinaus, denn A und O bleibt auch hier die Ueberführung in das wirtschaftliche Vermögen. Unter diesem ist aber nur die Summe tauschwerter Güter zu verstehen, mit anderen Worten: „Nationalökonomischer Vermögensbegriff und Geldwert fallen zusammen". Hält man aber aus praktischen Erwägungen es für geboten, auch die Fälle der Zueignung zu erfassen, in denen nur Liebhaberwert Eigentümer und Sache verbindet, so ist es meines Erachtens begrifflich ausgeschlossen, von Ueberführung in das wirtschaftliche Vermögen zu sprechen. Das Charakteristische einer Liebhabersache besteht eben darin, daß sie nur für den Eigentümer von Wert ist. Die Umwelt, also auch der verletzende Täter, muß der Sache nicht nur in der objektiven, sondern auch subjektiven Wertbeurteilung völlig teilnahmslos gegenüberstehen. So ist z. B. für eine Mutter das Blatt, auf das ihr Kind die ersten Worte geschrieben hat, von höchstem subjektivem Wert. Die Umwelt wird dieses subjektive Wertempfinden wohl verstehen und billigen, niemals aber für sich selbst in Beziehung auf dieselbe Sache in Anspruch nehmen. Entwendet nun jemand das Blatt aus irgend einem Beweggrunde, so ist es sowohl sprachlich als auch begrifflich irrig, von einer wirtschaftlichen Verfügung zu sprechen. Ueberführung in eigenes, wirtschaftliches Vermögen liegt nur vor, wenn auch der Entwendende bezw. Unterschla-

69) Im Gegensatz zu Art. 83 des Schweizer Vorentwurfes von 1908, § 355 des österreichischen Entwurfes von 1905.
70) Sauer S. 286, Krebs S. 28.

gende an der Sache dasselbe Interesse wie der Eigentümer hat.[71] Bei solchen Fällen ist aber objektiver Gebrauchswert (= Liebhaberwert im weiteren Sinne) gegeben und der Begriff des subjektiven Gebrauchswerts (= Liebhaberwert im engeren Sinne) nicht mehr gewahrt. Wie groß der Kreis der Liebhaber ist, ist gleichgültig, auf die Höhe des Münzfußes kommt es m. E. nicht an.

Gegenstand der Zueignung im Sinne jeglicher wirtschaftlichen Theorie kann daher meines Erachtens nur eine Sache sein, die entweder objektiven Tausch- oder objektiven Gebrauchswert hat. Sobald der Wert einer Sache sich in dem subjektiven Gebrauchswert des Eigentümers erschöpft, ist es unmöglich, sie einer wirtschaftlichen Verfügung zu unterwerfen.

Eine wirtschaftlich-subjektive Theorie läßt sich so vom dogmatischen Standpunkt aus überhaupt nicht begründen. Diejenigen, die es tun,[72] scheiden den Affektionswert nicht in Liebhaberwert im engeren und weiteren Sinne und kommen deshalb nicht zu einer klaren Herausarbeitung des Problems.

Der einzige Ausweg, um auch Sachen von ausschließlich subjektivem Gebrauchswert (=Liebhaberwert im engeren Sinne) den Eigentumsverletzungen als Gegenstand der Zueignung einzuordnen, scheint die Möglichkeit zu sein, den Begriff „wirtschaftliches Vermögen" fallen zu lassen, und schlechthin in „Vermögen" einzutauschen.

Diesen Weg ist Krebs gegangen.[73] Zwar erfordert auch er eine Vermögensverschiebung, jedoch nur eine solche hinsichtlich der Sache selbst. Nach ihm muß der Vorteil, den der Täter erstrebt, unmittelbar aus der Sache erwachsen, da sich die Eigentumsverbrechen nicht gegen fremdes Vermögen als solches, sondern gegen fremde, bewegliche Sachen als Bestandteil fremden Vermögens richten. Eine Vermögensverschiebung im Endeffekt, eine Erhöhung des Gesamtgeldwertes des Vermögens des Täters, ist zur Vollendung eines Zueignungsdelikts nach ihm weder erforderlich, noch ausreichend. „Vermögen ist mehr als die Summe tauschwerter Güter."[73a]

71) Lehmann, strafrechtl. Abhandl. Heft 119 S. 61.
72) Sauer S. 286, Leutz S. 58.
73) S. 26 ff.
73*) S. 28.

Leugnet Krebs damit die Erfassung des Vermögensbegriffes von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus, so bleibt nichts anderes übrig, als auf das Vermögen im juristischen Sinne abzustellen, das heißt als Summe der Vermögensrechte ein und derselben Person.[74] Das wichtigste Vermögensrecht ist aber das Eigentumsrecht, mit dessen Erfordernis der Kreis glücklich wieder geschlossen wird! So entrüsten sich die Anhänger der wirtschaftlichen Theorie zuerst über die dogmatische Behandlung des Problems, die zur unheilvollen Verknöcherung der Rechtswissenschaft und zu einer Art Geheimlehre führe[75] und suchen von wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgehend den lebenswahren, praktischen Inhalt zu erfassen, um schließlich wieder bei demselben juristischen Begriff mittelbar anzugelangen.

Die Ansicht von Krebs ist daher vom dogmatischen Standpunkt aus abwegig. Sie ist aber aus noch einem andern Gesichtspunkt zu verwerfen. Die Strafrechtswissenschaft ist sich endlich fast ausnahmslos[76] darüber einig, daß dort, wo das Strafrecht den Begriff des Vermögens in den Tatbestand aufgenommen hat, dieses im wirtschaftlichen Sinne als die Summe geldwerter Güter zu verstehen ist. Führt es aber nicht geradezu zu einem Aufrollen der kaum begrabenen Streitfrage, wenn in den Tatbestand der Eigentumsverbrechen der Begriff des juristischen Vermögens hineingetragen wird? Und selbst, gesetzt den Fall, die Wissenschaft würde sich damit abfinden, was wäre gewonnen? Der Kreislauf in der Beantwortung der Frage nach dem Inhalte des Vermögensrechtes würde von neuem beginnen!

Die Lösung, die Krebs gefunden hat, ist somit beim Versuch stehen geblieben und selbst als solcher im Hinblick auf die Fortbildung des Rechts nicht glücklich getroffen. Aber sie hat gezeigt, daß in folgerichtiger Durchführung der wirtschaftlichen Auffassung man nur die Bereicherungsverbrechen erfassen kann und somit auf halben Wege stehen bleiben muß, oder daß es notwendig ist, wieder auf juristische Begriffe zurückzugreifen.

Zur Abgrenzung des Zueignungsbegriffes in den Tatbeständen der Eigentumsverbrechen ist daher die wirtschaftliche Theorie nicht heranzuziehen. Im allgemeinen ist gegen

74) Binding, Lehrbuch, bes. Teil I. Bd. 2, S. 341.
75) So Graf Gleispach S. 34 Anm. 3.
76) a. M. Binding, Lehrb. Bes. Teil I, Bd. 2, S. 339.

sie folgendes einzuwenden: Jede Bestimmung eines Begriffes von wirtschaftlichen Gesichtspunkten aus hat auf die schwankenden Bedürfnisse des Lebens Rücksicht zu nehmen und verliert dadurch an innerer Klarheit und Deutlichkeit.[77] Daher ist eine Auslegung auf Grund nationalökonomischer Erwägungen nur dann gerechtfertigt und begründet, wenn der im Gesetz gegebene Begriff erst durch Inbeziehungsetzen zu wirtschaftlichen Momenten dem Verständnis erschlossen werden kann (z. B. der Vermögensbegriff in § 263). Deutlich genug weist aber das Wort „Zueignung" darauf hin, daß es in engster Beziehung zum Eigentum verstanden sein will. Aufgabe der Wissenschaft kann somit nur sein, den aus diesen Beziehungen fließenden Inhalt festzustellen und abzugrenzen.

Bei Besprechung der formaljuristischen Theorie wurde hervorgehoben, daß diese von dem Grundgedanken ausgeht, daß die Zueignung sich gegen das Eigentum richten muß. Meines Erachtens ist bereits jener Ausgangspunkt verfehlt. Der Begriff Zueignung besagt darüber, ob er eine Nichtachtung fremden Eigentums enthält, garnichts.[77*] Er drückt ausschließlich aus, daß er zum Eigentumsbegriff in irgend einer Beziehung steht. Daß dem so ist, ergibt sich aus dem Gesetz selbst insofern, als es in die Tatbestände der Eigentumsverbrechen den Begriff der Widerrechtlichkeit aufgenommen und damit betont hat, daß erst die widerrechtliche Zueignung gegen rechtlich geschütztes Eigentum gerichtet ist.

Darüber hinaus folgt aus dem Wort Zueignung, daß unter Voraussetzung der Widerrechtlichkeit sie nicht eine Verletzung fremden Eigentums bewirkt, wie sie jede unberechtigte Störungshandlung zur Folge hat, sondern daß sie unter Aufhebung der von dem Eigentümer zur Sache geschaffenen Beziehungen ein Verhältnis des Täters zur Sache begründet, das dem Eigentumsverhältnis des Verletzten entspricht. Die Frage nach dem Inhalt der Zueignung spezialisiert sich damit auf die nach dem Inhalt des Eigentums.

Es liegt allerdings nahe einzuwenden, daß es nicht Aufgabe des Strafrechts sein kann, bürgerlich-rechtliche Begriffe auszulegen, sondern daß diese als gegeben hinzunehmen sind. Diese Auffassung wäre aber meines Erachtens irrig. Verwendet das Strafrecht als Tatbestandsmerkmal einen Begriff,

77) Leutz S. 58, Zimmer S. 81, Eckstein G.S. Bd. 80, S. 283.
77*) Vgl. S. 26.

der nicht nur in engster Beziehung zu einem bürgerlich-rechtlichen steht, sondern darüber hinaus in seiner Auslegung von diesem abhängig ist, so erwächst der Strafrechtswissenschaft die Pflicht, jenen bürgerlich-rechtlichen Begriff eigener Beurteilung zu unterziehen.

Die formaljuristische Theorie sah in Anknüpfung an das römische Recht, dessen Weitergeltung sie insoweit in der in § 903 BGB. getroffenen Regelung erblickt, im Eigentum das Recht der vollständigen und ausschließlichen Herrschaft über eine Sache. Sie irrt darin insofern, als § 903 BGB. der dem Eigentümer das Recht gibt, mit der Sache nach Belieben zu verfahren, oder negativ ausgedrückt, dritte von jeder Einwirkung auszuschließen, damit nur auf die Ausübung des Eigentums abstellt, den Begriff des Eigentums selbst aber als etwas Gegebenes voraussetzt.

Sie irrt des weiteren darin, daß sie im Eigentum das abstrakte Rechtsverhältnis sieht, kraft dessen eine Sache in die Herrschaftssphäre einer Person fällt. Es gibt kein Eigentum, das sich überall gleich, von der Natur seines Gegenstandes vollkommen unabhängig ist, denn Eigentum ist eine historische und keine logische Kategorie.[78] So wie die Befugnisse des Eigentümers nach Volk und Recht verschieden sind, im Laufe der Jahre gewandelt werden, so auch das Eigentum. Für das römische Recht als eines auf Warenbesitz und Warenaustausches gegründeten Rechtssystems mag das Abstrakt-Logische das Konkrete und Lebendige gewesen sein, für das deutsche Recht, das den Menschen mit all seinen Gefühls-, Willens- und Gedankenfasern in die Gemeinschaft stellt, ist es notwendig starre Form. Deshalb ist der Hinweis von Graf Gleispach,[79] das Eigentum wäre in der Tat ein armseliges Recht, würde sich sein Inhalt in der Herrschaft über Sachen erschöpfen, berechtigt.

Im Gegensatz zum römischen Recht umfaßt vielmehr das deutsche Eigentum alle an die Sache geknüpften Beziehungen. Wie aber jedes Recht nicht einseitige, sondern gegenseitige Willensbeziehung ist, so erschöpft sich auch das deutsche Eigentum nicht in dem Begriff eines reinen Vermögensrechtes, sondern schließt gleichzeitig personenrechtliche Beziehungen in sich.[80] In dem Augenblick aber, in dem

78) Gierke, Die soz. Aufgabe, S. 21, Deutsches Privatrecht, S. 348, 360.
79) S. 10.
80) Gierke, Deutsches Privatrecht, S. 358.

mittel- oder unmittelbar Mensch dem Menschen gegenüber-steht, sind die Beziehungen nicht mehr äußerer sondern inne-rer Natur. Ausübung der Herrschaftsgewalt als äußerer Akt ist somit nicht das Eigentum selbst, vielmehr Folge, Aus-druck der vorangegangenen Willensentschließung, zu der Sache ein persönliches Lebensverhältnis innezuhaben, das aus der Summe der an der Sache möglichen Einzelbeziehun-gen besteht, ihrem Inhalt nach teils ideeller, teils wirtschaft-licher Natur.

Daß es sich bei dem deutschrechtlichen Eigentum um ein inneres, persönliches Lebensverhältnis zwischen Eigen-tümer und Sache handelt, ergibt sich des weiteren aus der Entstehung des Wortes Eigentum. Zum ersten Mal taucht etwa im 14. Jahrhundert in Schwaben das Wort Eigenschaft, in Norddeutschland das Wort Eigentum im heutigen Sinne auf.[81] Die Leichtigkeit und Raschheit, mit der sich diese Aus-drücke einbürgerten, läßt aber erkennen, daß es sich hierbei um Begriffe handelt, die im Volke längst unbewußt gelebt haben, gelebt seit grauer Vorzeit. Schon Wulfila bediente sich des Wortes „Aigan" im Gegensatz zu „Haban", um eine „innere" Gewalt über einen Gegenstand zu bezeichnen. Eigen war, was einem, das heißt zu einem gehörte, also nicht schon und nicht bloß, was sich in Jemandes Besitz befand.[82] Das deutschrechtliche Eigentum in diesem Sinne war daher auch nicht auf Sachen beschränkt. Im ostgermanischen Recht lag seine Bestimmung hauptsächlich darin, das Recht der Ehe-gatten aneinander, der Eltern am Kinde hervorzuheben.

Ausgangspunkt des deutschrechtlichen Eigentumsbegrif-fes war daher nicht das abstrakte Herrschaftsverhältnis eines isolierten Einzelwillens in Beziehung auf eine willenlose Sache im Sinne des römischen Rechts, sondern die zwischen Men-schen, die auf die Dauer eines Lebens miteinander verbunden sind, bestehende innere Beziehung. Durch die Verknüpfung des Personenrechts mit dem Sachenrecht auf einer späteren Entwicklungsstufe wurde sodann die Uebertragung des per-sonenrechtlichen Eigentumsbegriffes auf das sachenrechtliche Eigentum ermöglicht.

Mit diesem so entwickelten Begriff des Eigentums ist das Eigentums r e c h t nicht zu verwechseln. Das Eigentum

81) Heusler, S. 48.
82) v. Amira S. 119.

selbst ist unabhängig von jeglicher Rechtsordnung, — es ist auch ohne sie denkbar, — das Eigentumsrecht hingegen entsteht erst dann, wenn die Rechtsordnung das Eigentum in ihren Bannkreis zieht, ihm rechtlichen Schutz, — eben in der Form des Eigentumsrechts, — gewährt. Wenn Graf Gleispach[83] und Krebs[84] der Ansicht sind, daß es nicht Aufgabe des Strafrechts ist, das Eigentumsrecht als umfassendsten Schutz seinerseits zu schützen, so ist das meines Erachtens ungenau. Durch das Erfordernis der Widerrechtlichkeit wird klar zum Ausdruck gebracht, daß die Zueignung erst dann widerrechtlich und damit strafbar ist, wenn sie sich gegen rechtlich geschütztes Eigentum richtet.[84*] Gegenstand der strafbaren Handlung und damit des strafrechtlichen Schutzes ist daher das Eigentum als Substrat des Eigentumsrechtes.[85] Der Angriff des Täters muß sich gegen das vom Eigentümer geschaffene, rechtlich geschützte Lebensverhältnis richten, die Zueignung, — soweit sie Zueignungsentschluß ist, — sich auf dieses erstrecken. Was mit der Sache selbst geschieht, ist dem Gesetz höchst gleichgültig. Dies wird nur bei der Frage praktisch, ob es sich um Bruch fremden Gewahrsams handelt oder nicht. Das Gesetz will in den Zueignungsverbrechen nicht die Sache als solche schützen, sondern die Beziehungen des Eigentümers zur Sache. An einer noch so wertvollen, herrenlosen Sache kann nie vollendeter Diebstahl beziehungsweise vollendete Unterschlagung verübt werden, da zu ihr rechtlich geschützte Lebensbeziehungen nicht bestehen, die durch die Zueignung verletzt werden würden. Das schließt jedoch[86] die Annahme eines Versuchs nicht aus, sofern der Täter, — wie es meistens der Fall sein wird, — irrig glaubte, irgend welche inneren Beziehungen zu verletzen.

Soweit die Zueignung äußeres Tatbestandsmerkmal, das heißt Zueignungsakt ist, entspricht sie dem, was unter der Befugnis der Ausübung des Eigentums verstanden wird. Daher ist jede Aeußerung des Zueignungsentschlusses Zueignungsakt, da sie, falls der Täter Eigentümer wäre, unter die Ausübung des Eigentumsinhalts fallen würde.

---

83) S. 10.
84) S. 12.
84*) Vgl. S. 23.
85) Lehmann (S. 44) spricht hier von einem „körperlichen" Substrat. Daß diese Auffassung insoweit unrichtig ist, als sie die Körperlichkeit erfordert, ergibt sich aus den obigen Ausführungen über den Inhalt des Eigentums.
86) im Anschluß an die subjektive Theorie.

Zusammengefaßt ergeben sich folgende Begriffe:

1. Eigentum an einer Sache haben heißt zu ihr in einem inneren, persönlichen Lebensverhältnis stehen, das aus der Summe der an der Sache möglichen Einzelbeziehungen besteht.
2. Sich eine Sache widerrechtlich zueignen heißt
   a) unter Verstoß gegen schützende Rechtsnormen das zwischen Eigentümer und Sache bestehende Lebensverhältnis in allen oder einzelnen seiner Beziehungen, insoweit jedoch unter dauerndem Ausschluß des Eigentümers, für sich in Anspruch nehmen (Zueignungsentschluß).
   b) unter irgend einer Betätigung dieses Entschlusses nach außen. (Zueignungsakt).

§ 3.

Praktisch kommt die oben vertretene Theorie zu Ergebnissen, die durchaus dem Rechtsempfinden des gemeinen Mannes entsprechen. So liegt nicht versuchte, sondern vollendete Unterschlagung in dem vergeblichen Veräußerungsangebot des die Sache innehabenden Täters, ja, sie ist bereits dann vollendet, wenn der Täter nichts weiter tut, als daß er die Sache, die er bei Gelegenheit verkaufen will, vorderhand abseits legt.

Andrerseits begeht Unterschlagung beziehungsweise Diebstahl derjenige, der den vollen oder einen teilweisen Betrag eines ihm anvertrauten oder von ihm entwendeten Sparkassenbuches widerrechtlich abhebt, auch dann, wenn er das ganz beziehungsweise teilweise entwertete Buch dem Eigentümer zurücksendet. Die Zueignung beruht jedoch nicht darauf, daß der Täter über den wirtschaftlichen Wert verfügt, sondern sie liegt darin, daß er unter Verdrängung des Eigentümers die zwischen Sparkassenbuch und Eigentümer bestehenden Beziehungen für sich ganz beziehungsweise teilweise, — soweit es geschehen, jedoch unter dauerndem Ausschluß des Eigentümers, — in nach außen erkennbarer Weise in Anspruch genommen hat.

Darüber hinaus versagt die Beziehungstheorie, — wie sie zweckmäßig zu nennen ist, — nicht in Fällen, in denen die Zueignung in etwas anderem als einer wirtschaftlichen Ver-

wertung besteht. Zu Unrecht ist nach v. Lilienthal[87] derjenige straffrei, der einem andern Briefe oder Urkunden entwendet ausschließlich zu dem Zweck, sie in einem Ehescheidungsprozeß gegen den Eigentümer geltend zu machen. Gerade dieses Beispiel ist gewissermaßen ein Schulfall, denn hier erschöpfen sich die Beziehungen des Eigentümers in etwas ideellem, in der Geheimhaltung der Dokumente. Entwendet ein Dritter diese und macht er von ihnen gegen den Willen des Eigentümers Gebrauch, so verdrängt er den Berechtigten aus den zur Sache geschaffenen Beziehungen und nimmt diese für sich unter dauerndem Ausschluß des Eigentümers in Anspruch, ohne daß es darauf noch ankommt, ob die Urkunden selbst, die nunmehr für den Eigentümer nichts anderes als ein beliebiges Stück Papier geworden sind, später zurückgegeben werden oder nicht. Es ist daher dem Obertribunal durchaus zuzustimmen, daß es in diesem Falle wegen Diebstahls gestraft hat.[88]

In dem von Binding formulierten Beispiel, in dem jemand eine fremde Sache veräußert und sie dem gutgläubigen Dritten zur Abholung bezeichnet, kommt man unter Zugrundelegen der Beziehungstheorie gleichfalls zur Bestrafung wegen Diebstahls und zwar in mittelbarer Täterschaft, damit zu einem, dem Rechtsgefühl und der Verkehrssicherheit entsprechendem Ergebnis. Der Veranlassende, — und nur dieser, — nimmt die von dem Eigentümer zur Sache geschaffenen Beziehungen für sich in Anspruch, eignet sich diese innerlich zu. Ob die äußere Tatbestandshandlung des Bruches fremden und der Herstellung eigenen Gewahrsams, die weder mit dem Zueignungsentschluß noch mit dem Zueignungsakt etwas zu tun haben,[89] von ihm selbst oder einem gutgläubigen Dritten, der des widerrechtlichen Wegnahmevorsatzes entbehrt, gesetzt wird, ist deshalb gleichgültig. Ebenso unerheblich ist, daß der Dritte nach Begründung des eigenen Gewahrsams über die Sache selbst körperlich verfügt, denn die vermeintliche Berechtigung hierzu leitet er ja aus dem Vertragsverhältnis mit dem Veräußerer, aus dessen Zueignung ab.

---

87) Z. Bd. 32 S. 20.

88) Entscheidung vom 29. Oktober 1862 wiedergegeben bei Oppenhoff, Rechtsprechung 3 (1863) S. 91 ff.

89) Im Gegensatz zu Ebermayer (S. 750/2/§ 2446), nach dem durch die Wegnahmehandlung die Zueignung vollendet wird.

Hier erweist sich auch, daß die objektive Teilnahmetheorie, soweit sie Bedingung und Ursache von einander trennt und nur in der Verursachung die Täterschaft erblickt, nicht zu befriedigenden Ergebnissen führt. Da nach ihr die Ausführungshandlung als Ursache die objektiv wirksamste Bedingung ist, so ist für deren Wirksamkeit die Schuld des Ausführenden gleichgültig. Sie kann daher zur Bejahung der mittelbaren Täterschaft nur mittels einer Fiktion kommen, indem sie den mittelbaren Täter, der doch nur eine Bedingung setzt, so behandelt, als hätte er selbst verursacht. Es ist aber unrichtig, bei der mittelbaren Täterschaft fingierte Täterschaft anzunehmen. Der Täter ist wegen seines schuldhaften Täterwillens, wenn er sich auch zur Ausführung des äußeren Tatbestandes eines andern bedient, als Täter anzusehen.[90] Er haftet für eigene Schuld ohne Rücksicht auf Schuld oder Strafbarkeit des Ausführenden. Deshalb ist auch, wie Binding hervorhebt,[91] die Bezeichnung mittelbarer Täter irreführend, da diese logisch den unmittelbaren Täter voraussetzt.

Eine andere Frage, die sich in diesem Zusammenhang erhebt und die nicht umgangen werden darf, ist die: Genügt beim Diebstahl in mittelbarer Täterschaft zum Versuch in der Person des Veranlassenden, daß er seine eigene Einwirkungshandlung, durch die sein Zueignungsentschluß nach außen in Erscheinung tritt und damit zum Zueignungsakt wird, vollendet hat und alles andre dem Lauf der Dinge überläßt, oder ist erforderlich, daß der gutgläubige Dritte mit dem Brechen fremden Gewahrsams beginnt?

In der Literatur hat diese Frage zu verschiedenen Lösungen geführt. Am weitesten geht Petri, der aus dem Begriff der mittelbaren Täterschaft = reiner Täterschaft herleitet, daß die allgemeinen Vorschriften ohne Einschränkung oder Erweiterung Anwendung zu finden haben.[92] Um zu einem für den mittelbaren Täter strafbaren Versuch zu gelangen, ist es daher nach ihm erforderlich, daß das Werkzeug eine Ausführungshandlung im Sinne des § 43 St.G.B. vorgenommen hat. Die Einwirkung selbst seitens des Veranlassenden ist nach seiner Ansicht nur straflose Vorbereitung.

Wenn sich Petri zur Begründung seiner Auffassung darauf stützt, daß der Anstifter auch erst dann strafbar sei,

90) Petri S. 12, 14.
91) G.S. Bd. 71 S. 5.
92) S. 17 ff.

wenn der von ihm Angestiftete eine Versuchshandlung, das heißt den Beginn der Ausführung vorgenommen habe, so ist dieser Vergleich meines Erachtens unzulässig. Es wird hierbei übersehen, daß bei der mittelbaren Täterschaft das Gefahrenmoment ein ganz anderes ist als bei der einfachen Täterschaft oder der Anstiftung. Der zu einer strafbaren Handlung Angestiftete weiß, daß sein beabsichtigtes Tun die Rechtsordnung verletzt, sein ganzes Verhalten ist dementsprechend darauf eingestellt. Läßt er es zum Beginn der Ausführung nicht kommen, so werden hierfür innere Hemmungen oder besondere äußere Umstände, die ihm von der Ausführung abraten, maßgebend sein, die infolge der akzessorischen Natur der Anstiftung dem Anstifter zu Gute kommen sollen.

Ganz anders ist hingegen die Sachlage, wenn der zu einer objektiv rechtswidrigen Handlung Bestimmte von der Rechtmäßigkeit seines Tuns überzeugt ist. Für ihn gibt es weder innere noch äußere Hemmungen, die ihn von der Ausführung abhalten könnten, er glaubt ja, etwas rechtlich Gebilligtes zu tun.

Dieses alles aber weiß der Veranlassende. Darüber hinaus baut er auf der Unkenntnis des Gutgläubigen seinen Plan auf und rechnet damit, daß infolge von dessen Ahnungslosigkeit der von ihm erstrebte Erfolg sich auf jeden Fall verwirklichen muß. Es liegt daher kein Grund vor, bei der mittelbaren Täterschaft den Versuch in der Person des Veranlassenden auf die Fälle zu beschränken, in denen das Werkzeug mit der Ausführungshandlung im Sinne des § 43 StGB. begonnen hat. Ja, es ist meines Erachtens noch nicht einmal nötig, daß der zur Handlung Bestimmte dem Veranlassenden seine Bereitwilligkeit erklärt hat, die Handlung zu begehen.[93] Tatversuch des mittelbaren Täters liegt bereits bei erfolgloser Aufforderung vor.[94] Die selbständige Beurteilung der Frage, wann Versuch in der Person des mittelbaren Täters vorliegt, ergibt sich meines Erachtens aus der Erwägung, daß der Veranlassende nicht für fremdes Tun, sondern für eigenes, verbrecherisches Handeln haftet.

Die Frage, ob an wertlosen Sachen Zueignung möglich ist, ist dann zu bejahen, falls es sich um Sachen handelt, mit

93) anderer Meinung Flegenheimer S. 45.
94) Beling S. 601, Winter S. 41.
95) Vgl. S. 28.

denen der Eigentümer trotz der Wertlosigkeit durch innere Beziehungen verknüpft ist.[95] Andrerseits ist es, — mindestens theoretisch, — denkbar, daß der Eigentümer einer wirtschaftlich wertvollen Sache zu dieser ein Verhältnis innehat, das jeder inneren Beziehung entbehrt und sich in seinem Inhalt in nichts von der Aufgabe des Eigentums unterscheidet. Entwendet oder eignet sich ein Dritter, ohne fremden Gewahrsam zu brechen, eine solche Sache an, so kann er meines Erachtens Diebstahl bezw. Unterschlagung in Vollendung[96] nicht begehen, da ein zwischen Person und Sache bestehendes Lebensverhältnis nicht verletzt wird, und es nicht Aufgabe des Rechts, daher auch nicht des Strafrechts ist, abstrakte, starre Form anstelle des konkreten, lebendigen Inhalts zu schützen. Denn jegliches Recht ist einzig und allein um des Menschen willen da.

Gleiches gilt entsprechend dann, wenn der Täter den Geldwert der entwendeten Sache hinterlegt. Erschöpft sich das Lebensverhältnis zwischen Eigentümer und Sache in dem wirtschaftlichen Wert, so ist der Begriff der Zueignung nicht erfüllt. Nimmt man diesen Standpunkt ein, so braucht man nicht erst, wie die herrschende Ansicht es tut, anzunehmen, dem Täter habe das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gefehlt. Verletzt der Täter hingegen weitere, innere Beziehungen zur Sache, so steht der Annahme einer strafbaren Handlung nichts entgegen. Zwei Beispiele sollen den Unterschied klarstellen. 1. A. geht in einen Laden, um einen bestimmten Gegenstand zu kaufen. Da der Inhaber nicht gleich kommt, und da es dem A. an Zeit mangelt, nimmt A. diesen Gegenstand, den er unter mehreren gleichen auf dem Tisch liegen sieht, an sich unter Hinterlegung des auf der Preistafel angegebenen Wertes. 2. A. besucht im Jahre 1918 seinen Freund B., der soeben im Schleichhandel ein Pfund Butter zu dem zur Zeit üblichen Preise von x Mark erstanden hat. Beim Weggehen nimmt A. ohne Wissen des B. die Butter an sich, hinterlegt jedoch bei A.'s Wirtin für A. einen etwas höheren Betrag als x Mark.

Zusammenfassend ist noch einmal hervorzuheben: Nicht der Zueignungsbegriff als solcher setzt sich mit dem allgemeinen Rechtsempfinden in Widerspruch, sondern erst die Auslegung, die man ihm gegeben hat.

96) Vgl. S. 26 und Anmerkung 86.

Eine andere Frage ist jedoch die: Genügt der Zueignungsbegriff, um alle Fälle, die schlechthin vom Laien als Diebstahl, Unterschlagung angesehen werden, zu erfassen, oder ist de lege ferenda erforderlich, von ihm überhaupt abzusehen?

§ 4.

Der Strafgesetzbuchentwurf, wie er uns in der Reichsratsvorlage, im Schrifttum nicht ganz zutreffend meist als Entwurf von 1925 bezeichnet, gegenübertritt, hat in den Tatbestand des Diebstahls den Zueignungsbegriff nicht mehr aufgenommen, sondern ausschließlich auf die Absicht unrechtmäßiger Bereicherung abgestellt. Demgegenüber hält die Reichstagsvorlage (Entwurf von 1927) sowohl in dem Tatbestand der Unterschlagung als in dem des Diebstahls an dem Zueignungsbegriff zwar fest, fügt aber als neuen Begriff in beide Tatbestände gleichfalls die Bereicherungsabsicht ein.

Diese Entwicklung ist zu bedauern. Es kann hierbei gleichgültig sein, ob gegen den Zueignungsbegriff selbst diese oder jene Bedenken geltend gemacht werden können, die Tatsache, daß Geld und Geldeswert für die Anwendbarkeit einer Strafrechtsnorm ausschlaggebend sein sollen, genügt, um die Unmöglichkeit einer derartigen Lösung erkennen zu lassen.[97] Man kommt bei gegenteiliger Ansicht letzten Endes auf das, was am klarsten Stammler formuliert hat: „Die Rechtsordnung ist ein Mittel zur Förderung der Produktion und hat darin ihren letzten Zweck."[98] Jener Grundsatz ist aber meines Erachtens irrig. Jegliches Recht ist nicht aus dem Zweckgedanken zu bestimmen, es hat nicht Diener gewisser Zwecke, sondern Diener der Gerechtigkeit zu sein.[99]

Aber auch entwicklungsgeschichtlich ist es verfehlt, die Eigentumsverbrechen zu den Bereicherungsdelikten zu stempeln. Nichts darf sich in der Welt in der gleichen Art und Weise wiederholen. Gedanken, Strömungen, die heute herrschend sind und morgen verschwinden, mögen nach Jahrhunderten wieder auftreten; sie werden aber nur dann der Höherentwicklung des Menschengeschlechts dienen, wenn sie sich in reinerer, vollendeterer Form erheben. Damit aber, daß

97) Vgl. S. 18 ff.
98) S. 389.
99) Boos S. 319.

man von neuem in die Tatbestände des Diebstahls, der Unterschlagung den Bereicherungscharakter trägt, fällt man in frühere Zeiten, — nur mit anderen Namen, — zurück. Leitet Graf Gleispach[100] die Notwendigkeit der Bereicherungsabsicht daraus her, daß es schon im Wesen des Eigentums liege, daß die jemandem eigentümliche Sache ihrem Eigentümer diene, ihm nütze, und sieht er deshalb die Bereicherung im „Genuß" der Sache, so steht vor meinen Augen § 1108 A.L.R. II. 20: „Wer um seines Gewinnes, Vorteils und Genusses willen eine bewegliche Sache aus dem Besitze eines andern ohne dessen Vorbewußt oder Einwilligung entwendet, macht sich des Diebstahls schuldig." Erblickt die in Beziehung auf den Zueignungsbegriff aufgestellte, wirtschaftliche Theorie die Bereicherung in der Verfügung über den Gebrauchs- oder Tauschwert der Sache, so fällt mir hierbei Feuerbach ein: „Gewinnsüchtige Absicht ist die Absicht, unmittelbar durch den Gebrauchs- oder Tauschwert der Sache sein Vermögen zu vergrößern."[101] Und glaubt man, eine befriedigende Lösung insofern zu erzielen, als man, wie es in der Reichstagsvorlage von 1927 in den §§ 328, 333, 334 vorgesehen ist, wegen Diebstahls, Unterschlagung nur die Fälle straft, in denen der Täter in Bereicherungsabsicht sich zueignet, die Handlungen aber, bei denen Bereicherungsabsicht nicht vorliegt, wegen unberechtigter Aneignung unter Strafe stellt, so kommt man im Ergebnis auf das Sächsische Strafgesetzbuch von 1868 hinaus, das gemäß Art. 272 einen eigentlichen Diebstahl nur bei geldwerten Sachen kannte und die Wegnahme eines Gegenstandes ohne Schätzungswert nach Art. 330 wegen Beeinträchtigung fremden Eigentums ahndete.

Alle jene früheren Theorien sind hinabgesunken. Sie mußten vergehen, weil sie für eine bestimmte Zeitepoche, Entwicklungsstufe zugeschnitten waren, sie können daher heute nicht mehr in ihrer ursprünglichen Gestalt hervorgeholt werden.

Mit Recht betont deshalb die Denkschrift zu dem Strafgesetzentwurf von 1919,[102] der bewußt zur Begriffsbestimmung der Eigentumsverbrechen die Bereicherungsabsicht nicht herangezogen hat, daß es in der Oeffentlichkeit kaum verstan-

100) S. 13.
101) § 319 S. 264.
102) S. 303.

den werden würde, wenn das Gesetz nur den als Dieb bestrafen wollte, der durch den Diebstahl sich einen Vermögensvorteil zu verschaffen beabsichtigt. Es kann daher meines Erachtens nicht eindringlich genug immer wieder betont werden, daß es das allgemeine Rechtsempfinden verletzen würde, wollte man die Eigentumsdelikte zu Bereicherungsverbrechen herabwürdigen.

Lehnt man es aber ab, die Bereicherungsabsicht zur Begriffsbestimmung des Diebstahls, der Unterschlagung heranzuziehen, so bleibt nichts anderes übrig, als den Zueignungsbegriff als wesentlichstes Merkmal der Eigentumsverbrechen beizubehalten, oder Diebstahl und Unterschlagung ihres Charakters als Eigentumsverbrechen in gewisser Beziehung zu entkleiden. Der letztere Weg erscheint mir als der der jetzigen Rechtsauffassung entsprechende, zugleich auch historisch bedingte.

Im Gegensatz zum römischen Recht, das Diebstahl und Unterschlagung als abstrakte Eigentumsverbrechen in der rechtlichen Beurteilung nicht unterschied, trennt das deutsche Recht beide Handlungen scharf voneinander. Diebstahl ist als Angriff auf die Gewere Friedensbruch, Unterschlagung als Angriff auf die gelobte Treue Vertrauensmißbrauch. Mit Rücksicht auf abweichende Ansichten bedarf diese Auffassung näherer Begründung.

Soweit es sich um den Diebstahlsbegriff handelt, war es nach deutschem Recht gleichgültig, ob die gestohlene Sache jemandem zu Eigentum gehörte. Es genügte zur Tatbestandserfüllung, daß der Täter sie „heimlich aus eines anderen Weren" gebracht hatte.[103] Deshalb stand beim Diebstahl an einer entliehenen Sache die Diebstahlsklage nicht dem Eigentümer, sondern dem Entleiher zu, deshalb beschwor bei der Anefangsklage, die aus der Diebstahlsklage hervorgegangen ist, der Kläger nicht sein Eigentum, sondern den Verlust seiner Gewere.[104]

Das Eigentümliche des deutschen Diebstahls liegt somit in der heimlichen Verletzung der Gewere. Dieses Merkmal traf aber nach deutschrechtlicher Auffassung auch dort zu, wo es sich um Aneignung von gefundenem und zugeflossenem

103) Dollmann S. 72.
104) His S. 153 vgl. auch S. 40 dieser Arbeit und die dort wiedergegebene Stelle des Sp. II. 57.

Gut handelte. Insoweit erblickte das deutsche Recht den Angriff auf die Gewere in der Nichtbeachtung der Vorschrift, die erlangte Sache aufzubieten, die Heimlichkeit des Handelns in dem gesamten, nachfolgenden Verhalten, z. B. der Ableugnung der Innehabung.

Sachs.-Spiegel II. 29. Swenne eines andern mannes habe, daz wider debn. — her sal ez auch -omnxlzüglichlsrr-Oux varnde habe heizet, in wazzere zuvluzet, der sal sie jemme wider gebn. — her sal ez auch ûf bîten und halden unvertân sechs wochen, vrâget dâr iemant nâch, her sal ez bekennen, versachet ers, sô man dar nâh vrâget, so ist ez dûbe, ab man ez sider under ime vint, und mâg ez mit bûze wider gebn und mit wette.

Sachs.-Spiegel II. 37. § 1: Swaz sô ein man vint, versachet ers, so man dar nâh, vrâget, sô ist ez Dûbe. Swaz sô der man vint, oder dieben oder roubêren ab jagt, daz sol her ûf bieten vor sînen gebûren, unde zû der kirchen.

Es ist daher nicht angängig, jene Handlungen der Fundaneignung zur Charakterisierung des deutschrechtlichen Unterschlagungsbegriffes heranzuziehen, — wenn sie auch nach geltendem Recht Fälle der Unterschlagung sind, — sie waren vielmehr im deutschen Recht als Angriffe auf die Gewere reine Formen des Diebstahls.

Dem so gekennzeichneten Diebstahlsbegriff stand der deutschrechtliche Begriff der Unterschlagung als Angriff auf die gelobte Treue gegenüber. Nur an Sachen, die zu treuen Händen übergeben waren, war Unterschlagung möglich. Nur in solchen Fällen sollte dem in seinem Vertrauen Getäuschten das Recht des Anefangs zustehen, a l s o b ihm die Sache gestohlen wäre, der Täter wie ein Dieb bestraft werden.

Lex. Wisig. Lib. V. Tit. 5 L. 3 in fin.[105] Et si postmodum dominus rerum apud cum cui commendaverat, quae fuerant suppressa forte repererit cum haec ille se prius dixerit perdidisse vel furtius fuisse sublata, sicut fur pro his quae celavit, secundum legum statuta, compositionen implere cogatur.

Soester Skrae Artikel 72.[106]. Nimpt he id in szner Vertrowinge unde tho sick, umme geine Nuttinge unde

105) wiedergegeben bei Cropp S. 69.
106) wiedergegeben bei Cropp S. 68, 281.
107) wiedergegeben bei Cropp S. 70.
108) wiedergegeben bei Huber S. 20.

braukt de idt in sinne Beholf, de en brikt dar midde trouwe Hand.

Leges Goslar. Lib. 2. Tit. Van Gherichte § 177.[107] Dezt man eymme wat to trouwer hant to behaldene, untvernet he dat, — der mach de seck dar to then deme dat untvernet is, also, alse id ime verstolen were.

Goslar. Stad. IV.[108] of en sines heren gut oder siner vrowen ovele to bringt oder verdobelet, to deme gude mach de herre oder de vrouwe sich ten in der stat gerichte liker wis, also alse it ime verstolen were.

Sachs.-Spiegel III. 6. § 1. Vertopelt ein knecht sînes herren gût oder versaczet erz oder verkauft erz, der herre mag ez wol vorderen mit rechte, deste her sich dar zû zîhe, als recht ist.

Schles. Landrecht IV. 13.[109] Von rehte so sal man keyn guth anefangin wennes diebis guth adir gerawbit guth ist adir das eins mannis adir einer frawen gesinde knecht adir mait sine hirren adir frawen obil ozubrengen und verwahrlosin.

Augsburger Statuten von 1276, Art. 134 § 1.[110] Umbe Kaefel und umbe verkauffliute. Swaz man den emphilet daz suln si wider gäben oder suln ez mit triwen verkauffen unde anders damit niht tun wan als man si heizzet. Tun si darüber ihtesiht damit des man si bewäre mack, daz sol man hinz ir rihten als hinz einer Diupinne. Ist au daz si innen iht entreit daz man ir emphilet, wirt sie daran begrieffen, daz sol man hinz ir rihten als hinz einer Diupinne.

Soweit jedoch die Hingabe nicht zu treuen Händen erfolgte, ein Treubruch mithin garnicht begangen werden konnte, — das deutsche Recht spricht in diesen Fällen schlechthin von Leihen, — sollte der, der die Sache hingegeben hatte, allein auf den Rückforderungsanspruch gegenüber dem, der die Sache empfangen hatte, beschränkt bleiben.

Lübisches Recht.[111] Lenet de ene deme anderen wat, he mak dat ok wol vorkopen, deme wat gelenet is sunder broke.

---

109) wiedergegeben bei Cropp S. 297.
110) wiedergegeben bei Löning S. 409.
111) wiedergegeben bei Löning S. 418, jedoch ohne Stellenangabe.

Sachs.-Spiegel II. 60, § 1. Swilch man einem anderen lîhet oder seczet phert oder cleit oder ich einer hande varnde habe, zu swilcher wîs her die ûz sînen geweren lît mit sime willen: verkouft sie der, der sie in geweren hât oder verseczt her sie oder verspilt her sie oder wirt sie ime verstolen oder ab geroubet: jene, die sie verliegen oder versaczt hat, dar en mak dâr nich eine vorderunge ûf haben, âne ûf den, deme her sie leih oder versaczte.

Schles. Landrecht IV. 13, Dist. 4.[112] we dem anderen des sines wat lit mit willen, behalt men ome dat vore, dat ne mach he nicht anevanghin, mer jenem deme he dat lech, dene mot he darumme schuldigen.

Sachs.-Spiegel III, 43. § 2. Wes he sich aber unterwindet mit jenes willen, des ez dâr ist, oder daz her ime lîht oder zu borge tût, en gilt ers nicht oder en tût ers nicht wider zu bescheidenen tagen, her blîbet es âne wandel.

Bayrisches Landrecht Art. 292.[113] Chlagt ainer den andern an — umb gelihen guot — dem sol fronbot gepieten, daz in weer hin umb dez naechsten rechten — richtet er in nach dem naechsten rechten in vierzehn tagen, so ist er dem gericht nichtz schuldig.

Sachs.-Spiegel III, 5 § 1. Swaz man einem manne lîhet oder tût offenbâre zû behalden, mac her daz gezugen selbe dirte, man en mac in Dûbe noch roubes nicht zîhen dar an.

Sachs.-Spiegel III. 22. § 1. Swer deme andern lîhet phert oder cleidere zû bescheidenen tagen, heldet erz über den tac und wirt her dar umbe beclaget her sal es alzuhant wider gebn und bezzern ab erz geergert hât.

§ 2: Dûbe noch roubes en mac man in dar an nicht zîhen, wenne erz ime lîh.

Hierbei taucht jedoch eine neue Schwierigkeit auf: Wo ist die Grenze zwischen Geben zu treuen Händen und Leihen? Ist nicht schließlich jede freiwillige Hingabe einer Sache ein Beweis des Vertrauens, enthält mithin nicht jede Unterschlagung im Kern einen Vertrauensbruch? Meines Erachtens läßt sich eine feste Grenze zwischen Geben zu treuen Händen und Leihen nicht ziehen. Nach Cropp[114] umfaßt das

112) wiedergegeben bei Cropp S. 68, 281.
113) wiedergegeben bei Löning S. 396.
114) S. 79.

Leihen im germanischen Sinne alle Fälle, in denen die Sache dem Andern hingegeben wird, um sie zu seinem Besten zu gebrauchen, nicht aber die, wo sie der andere empfängt, um damit zu Gunsten des Hingebenden etwas vorzunehmen, sie ihm aufzubewahren, zu verarbeiten, zu befördern oder zu veräußern.

Diese Unterscheidung und Abgrenzung mag für viele Stammesrechte zutreffen. Daß sie nicht Anspruch auf Allgemeingültigkeit erheben kann, ergibt sich daraus, daß z. B. der Sachsenspiegel dem Leihen die Hinterlegung gleichstellt,[115] also beim hinterlegten Gut ein Geben zu treuen Händen nicht annimmt, während gerade andere Rechte in der Aneignung hinterlegter Sachen einen Treubruch erblicken.[116] Wenn man hinsichtlich der Unterscheidung von Geben zu treuen Händen und Leihen überhaupt eine allgemeine Regel aufstellen will, so kann man meines Erachtens nur sagen: In allen Fällen, in denen das deutsche Recht dem Hingebenden das Recht des Anefangs zugestand, so als ob ihm die Sache gestohlen wäre, sah es in der Handlung des Empfängers einen Treubruch. Das getäuschte Vertrauen bedurfte einer so vollständigen Sühne, daß nicht einmal vor dem Grundsatz „Hand wahre Hand" Halt gemacht werden konnte.

Wo aber das Recht des Anefangs nicht gewährt wurde, da sah das deutsche Recht in der Aneignungshandlung nur eine Verletzung der vertraglich übernommenen Verpflichtung zur Rückgabe, die weder Strafe für den Täter, noch irgendwelche Ansprüche gegen dritte Erwerber als Rechtsfolge nach sich zog.

Strafbar war daher die Unterschlagung im deutschen Recht nur, soweit sie einen Angriff auf die gelobte Treue, einen Bruch des Treueverhältnisses enthielt.[117] Von diesem Standpunkt aus ist es zu erklären, daß die rechtswidrige Verpfändung von Gut seitens des Dienstboten so behandelt wurde, als ob das Gut dem Dienstherrn gestohlen wäre,[118] dagegen nicht, soweit sie von Personen vorgenommen wurde, die zu dem Verpfändenden in keinem besonderen Treueverhältnis standen.[119]

115) Sachs.-Siegel III 5 § 1.
116) Soester Skrae Art. 72, Leges Goslar, Lib. II. Tit. van Gherichte. Lex. Wisig Lib. 5. Tit. 5.
117) Augsburger Statuten von 1276 Art. 134 § 1.
118) Sachs.-Spiegel III 6, § 1, Schles. Landrecht IV 13, Goslar-Statuten IV.
119) Sachs.-Spiegel II. 60 § 1.

Diese scharfe begriffliche Trennung von Diebstahl und Unterschlagung, die sprachlich garnicht hervortritt, bezeichnete man doch den Diebstahl als „diebliches Nehmen", die Unterschlagung als „diebisches Behalten", blieb bis zur Rezeption des römischen Rechts bestehen. Selbst noch die peinliche Gerichtsordnung Karls des Fünften[120] sieht das Wesentliche der Unterschlagung wie schon der Klagspiegel in der ungetreuen Handlung und stellt damit gleichfalls auf das Vertrauensprinzip ab. Dadurch aber, daß sie zur Tatbestandserfüllung des Diebstahls heimliches Handeln nicht mehr erfordert, wandelt sie den Diebstahlsbegriff vom Gewahrsams- zum Eigentumsdelikt ab. Denn den offenen Angriff nicht als Diebstahl unter Strafe stellen, ließ sich nur solange rechtfertigen, als man das äußere Verhältnis, die Gewere, schützen wollte, deren Rechtmäßigkeit durch den offenen Angriff bestritten, durch den heimlichen Angriff hingegen bestätigt wurde.

Von hier aus war es nur ein Schritt, auch die Unterschlagung den Verbrechen gegen das Eigentum einzugliedern. Ermöglicht wurde er im gemeinen Recht durch die analoge Anwendung des Art. 170 P.G.O., — der nur Unterschlagung von anvertrauten und hinterlegten Sachen kannte, — auf alle Fälle, in denen fremder Gewahrsam nicht gebrochen wurde, also auch auf solche Fälle, in denen eine besondere Verletzung fremden Vertrauens, — wie hinsichtlich der Hinterlegung, — nicht mehr stattfand.[121]

Damit war die Entwicklung beendet, Diebstahl und Unterschlagung waren unter dem Einfluß des römischen Rechts ihres deutschrechtlichen Charakters entkleidet und zu abstrakten Eigentumsverbrechen geworden.

Noch einmal brach sich der deutsche Rechtsgedanke, daß Unterschlagung im tiefsten Kern ein Vertrauensdelikt ist, insofern Bahn, als der Entwurf des Preußischen Strafgesetzbuches von 1850 im Gegensatz zur Immediatkommission von 1843, die nur die Absicht rechtswidriger Zueignung erwähnte, unter bewußter Anlehnung an das französische Recht, — das

120) Art. 170: Straff der jhenen, die mit vertrawter oder hinterlegter Habe ungetreulich handeln: Item welcher mit eins andern güter, (die jem in guten glauben zubehalten und verwaren gegeben sein) williger und geuerdlicher weyss dem gläubiger zu schaden handelt, solche mistal sol einem diebstal gleych gestrafft werden.
121) Köstlin S. 51.

in so vielem deutscher als das deutsche ist, — die Unterschlagung dem abus de confiance gleichstellte.[122]

Gesetz ist jener Rechtsgedanke aber nie mehr geworden.

Einleitend wurde hervorgehoben, daß letztes und höchstes Ziel dieser Arbeit ist, Diebstahls- und Unterschlagungsbegriffe zu prägen, die ihre tiefsten Wurzeln in altes, deutsches Recht senken, die aber andrerseits nur Form dessen sind, was im Volke als Rechtsüberzeugung lebt.

Um dieses Ziel zu erreichen, ist erforderlich zu prüfen, inwieweit jene altdeutschen Rechtsgedanken im Volksbewußtsein noch heute vorhanden sind. Diebstahl begeht nach allgemeiner Anschauung auch der, der eine fremde Sache wegnimmt, um sie, — nach dem er sich selbst in Sicherheit gebracht hat, — in Ruhe zu zerstören. Nach dem geltenden Gesetz kann jedoch in diesem Falle nur wegen Sachbeschädigung, — abgesehen von Hausfriedensbruch, — niemals aber wegen Diebstahls, bestraft werden; der Zueignungsbegriff versagt, auch wenn man ihm die Auslegung gibt, die vorangehend vorgeschlagen ist. Denn die Beziehungen des Eigentümers zur Sache sind grundsätzlich positiver Natur, auf Erhalt, nicht auf ihre Zerstörung gerichtet, die Zueignung muß daher grundsätzlich gleichfalls positiver Natur sein. Nur in den Fällen, in denen das Interesse des Eigentümers auch auf Vernichtung, Verbrauch der Sachen zielt oder zielen kann (Alteisen, Eßwaren), dessen Beziehungen insoweit also negativer Art sind, liegt Zueignung auch in der Zerstörung. Diebstahl begeht ferner nach der Rechtsanschauung des Volkes derjenige, der einem Geschäftsunfähigen, der eine herrenlose Sache an sich genommen hat, diese wegnimmt, oder einem Wilderer die Beute entwendet, obwohl dadurch in beiden Fällen fremdes Eigentum nicht verletzt wird. Dieb ist schließlich auch der, der eine gestohlene Sache dem ersten Dieb wiederum stiehlt.[123]

122) Huber S. 5.

123) Im letzteren Falle kommt das geltende Recht zwar zu gleichem Ergebnis, jedoch nur auf Grund einer m. E. nicht befriedigenden Konstruktion. Durch den erneuten Diebstahl wird nicht der Eigentümer verletzt, (so die herrschende Lehre) sondern der Gewahrsamsinhaber, das heißt der erste Dieb. Nur letzterer ist Träger des unmittelbar angegriffenen Rechtsgutes und damit Verletzter im technischen Sinne des Wortes. (vgl. Liszt S. 620/VII/§ 127.) Deshalb ist nach dem Sachs.-Spiegel auch nur der Gewahrsamsinhaber zur Klage berechtigt: Al sie ein gut manges mannes also daz ez ein von deme andern hat, swaz so man uffe deme gute tut, daz sal man bezzern deme der ez in lediklichen geweren hat und anders niemanne. (II 57.)

Nach allgemeiner Rechtsüberzeugung ist es daher gleichgültig, ob die Sache einem Berechtigten oder Unberechtigten weggenommen wird, ja, es ist unerheblich, ob die Sache überhaupt jemandem zu Eigentum gehört, und — das ist die Hauptsache — es ist ohne Bedeutung, aus welchem Beweggrund der Täter den Bruch fremden Gewahrsams vornimmt, was er mit der Sache beginnt. Nur einer Einschränkung unterliegt letztere Folgerung, einer Einschränkung, die sich aus dem Begriff der Wegnahme von selbst ergibt. So wie der Zueignungsbegriff das negative Moment der dauernden Ausschließung des Eigentümers in sich schließt, so auch der Begriff der Wegnahme in Beziehung auf den Gewahrsamsinhaber.

Wenn daher die Reichstagsvorlage von 1927 in Uebereinstimmung mit der Reichstagsvorlage von 1925 wegen Entziehung denjenigen straft, der in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, eine fremde Sache einem andern dauernd entzieht, so kommt sie hiermit dem im Volksbewußtsein verwurzelten Diebstahlsbegriff sehr nahe. Sie unterscheidet sich von ihm nur durch zweierlei, einmal dadurch, daß sie in den Tatbestand der dauernden Entziehung das Motiv des Handelns hineinnimmt, zum andernmal dadurch, daß sie den Begriff der dauernden Aussschließung mit dem Wort „entziehen" zu körperlich faßt. Nicht dauernd „entzogen" soll die Sache durch die Wegnahme einem andern werden, sondern „entfremdet." Der Unterschied liegt darin, daß der Begriff des Entziehens auf das äußere, das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, der der Entfremdung auf die inneren Beziehungen zwischen Person und Sache abstellt. Praktisch wirkt sich der Unterschied in der Weise aus, daß bei einer späteren Rückgabe der einmal weggenommenen Sache der Begriff der dauernden Entziehung ausgeschlossen wird, dagegen nicht der der Entfremdung.

Unter Berücksichtigung alles dessen entspricht es meines Erachtens der allgemeinen Rechtsanschauung am ehesten, wenn wegen Diebstahls bestraft wird, wer durch widerrechtliche Wegnahme einer ihm nicht gehörigen beweglichen Sache diese einem anderen entfremdet.

Erläuternd ist hierzu noch hervorzuheben. Einer besonderen Betonung des Bruches fremden Gewahrsams bedarf es nicht, weil dieses Tatbestandsmerkmal in dem Wort „weg-

nehmen" bereits sprachlich und logisch enthalten ist. Andrerseits ist es meines Erachtens zweckmäßig, den Begriff der Fremdheit der Sache durch den Ausdruck „einer ihm nicht gehörigen Sache" zu ersetzen. Es wird dadurch der in der Literatur darüber herrschende Streit, ob „fremd sein" gleichbedeutend ist mit „im Eigentum eines andern sein", dahin entschieden, daß es — unter der Voraussetzung, daß der Täter selbst nicht Eigentümer ist — gleichgültig ist, wem die Sache gehört, ja, ob sie überhaupt jemandem zu Eigentum ist.[124] Notwendig ist nur, daß sie einem anderen, sei es dem Gewahrsamsinhaber, sei es dem Eigentümer, entfremdet wird. Ob der Gewahrsamsinhaber ein Recht auf Innehabung des Gewahrsams hat oder nicht, ist ohne Bedeutung. Der Begriff der widerrechtlichen Wegnahme wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß auch der Betroffene sich den Gewahrsam auf widerrechtliche Weise verschafft hat. Widerrechtlich wegnehmen heißt daher nicht, fremden Gewahrsam unter Verletzung schützender Rechtsnormen brechen. — das ist schon aus dem Grunde unmöglich, weil der strafrechtliche Begriff des Gewahrsams bürgerlich-rechtlich nur insoweit geschützt ist, als er mit dem Besitzesbegriff zusammenfällt, — sondern jene Handlung vornehmen, ohne hierzu berechtigt zu sein.

Das Diebstahlsverbrechen de lege ferenda wächst damit über das geltende Recht hinaus, in dem es außer dem Schutz des Eigentums als gleichwertig den des Gewahrsams zum Inhalt hat, ja, im Gegensatz zum geltenden Recht den des Gewahrsams allein zum Inhalt haben kann. Des weiteren enthält der vorgeschlagene Diebstahlsbegriff meines Erachtens eine Fortbildung des Rechts insofern, als er bewußt darauf abstellt, nicht die Sachen als solche, nicht die Verfügungsgewalt des Inhabers, sondern die zwischen Menschen und Sachen bestehenden Beziehungen ohne Rücksicht auf Recht- oder Unrechtmäßigkeit zu schützen. Wer sich beschwert fühlt, ohne jedoch verletzter Eigentümer zu sein, mag den Klageweg beschreiten, keinesfalls darf er hingegen zum Dieb werden.

Hinsichtlich des Unterschlagungsbegriffes ist die Frage die: Inwieweit ist dem deutschrechtlichen Grundsatz, daß Unterschlagung Vertrauensmißbrauch ist, Rechnung zu tra-

124) Bejahend Höpfner, Diebstahl S. 4, Dickel S. 25, verneinend Maschke S. 227.

gen, inwieweit aber ist der Charakter als Eigentumsverbrechen beizubehalten. Die Zweiteilung ergibt sich aus der Erwägung, daß es unter heutigen Verhältnissen nicht mehr angängig ist, die Unterschlagung ausschließlich als das eine oder das andere anzusprechen. Sie allein auf den Vertrauensmißbrauch abstellen würde bedeuten, von vornherein die Fälle der Fundunterschlagung auszuschließen, ja, meines Erachtens auch die, in denen der Täter auf Grund entgeltlicher Verträge den Gewahrsam erlangt hat. (Miete, Pacht.) Denn in letzteren Fällen erfolgt die Gewahrsamsübertragung meistens nicht zufolge persönlichen Vertrauens sondern in Wahrnehmnug wirtschaftlicher Interessen. Andrerseits ist es meines Erachtens unbillig, alle Fälle der Unterschlagung einander gleichzustellen. Es ist ein großer Unterschied, ob ich eine gefundene oder eine zu treuen Händen übergebene Sache mir zueigne. Sinn und Aufgabe der heutigen Rechtsbildung muß deshalb sein, das, was im germanischen und mittelalterlich deutschen Recht instinktiv empfunden wurde, begrifflich zu erfassen, aus dem Gefühlsmäßigen, Unbewußten herauszustellen.

Den rechten Weg ist insoweit die Reichsratsvorlage von 1925 gegangen, als sie in Art. 300 einen besonderen Tatbestand der Veruntreuung aufstellt und den bestraft, der sich eine ihm anvertraute, fremde, bewegliche Sache zueignet. Damit ist der deutschrechtliche Gedanke, daß die Unterschlagung im tiefsten Kern Vertrauensmißbrauch ist, wieder ans Licht gekommen, wenn auch die Reichstagsvorlage eine entsprechende Bestimmung in den Entwurf von 1927 nicht aufgenommen hat.

Für die Fälle aber, in denen ein besonderer Vertrauensschutz nicht erforderlich ist, genügt der Tatbestand der Unterschlagung, wie ihn das geltende Recht kennt. Sie zum Bereicherungsdelikt zu stempeln, (so die Reichsratsvorlage in Uebereinstimmung mit der Reichstagsvorlage) wäre ebenso wie hinsichtlich des Diebstahlsbegriffes verfehlt.

Ein praktisches Bedürfnis, den Zueignungsbegriff aus dem Tatbestand der Unterschlagung und dem der Veruntreuung zu verdrängen, liegt ebenfalls nicht vor. Im Gegensatz zum Diebstahl sind beide Vergehen Eigentumsdelikte, — auch wenn der Tatbestand der Veruntreuung zugleich Vertrauensmißbrauch ist, — der Zueignungsbegriff muß daher

bei richtiger Auslegung zu einem der Verkehrsanschauung, dem Verkehrsbedürfnis und dem Rechtsgefühl entsprechenden Ergebnis führen.

Zusammenfassend schlage ich folgende Definitionen vor:

1. Wer durch widerrechtliche Wegnahme einer ihm nicht gehörigen, beweglichen Sache diese einem anderen entfremdet, wird wegen Diebstahls ... bestraft.
2. Wer eine ihm anvertraute fremde, bewegliche Sache sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Veruntreuung ... bestraft.
3. Wer, von den Fällen der Veruntreuung abgesehen, eine fremde, bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung ... bestraft.

Literaturverzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. Leipzig 1922.

v. Amira, Grundriß des germanischen Rechts, Straßburg 1901.

Beling, Zur Lehre von der Ausführung strafbarer Handlungen in Z. Bd. 28.

Binding, Die Normen, Leipzig 1877, 1916.

— Handbuch des Strafrechts, Leipzig 1885.

— Die drei Subjekte strafrechtlicher Verantwortlichkeit in G.S. Bd. 71.

— Die Verwechselung von Täterschaft und Urheberschaft bei Unterschlagung und Diebstahl L.Z. Bd. 10, 1916.

Boos, Der Gesamtarbeitsvertrag nach Schweizerischem Recht. Zürich 1914.

Brandenburger Halsgerichtsordnung, herausgeg. von Zoepfl, Heidelberg 1842.

Coenders, Strafrechtliche Grundbegriffe, insbesondere Täterschaft und Teilnahme, Düsseldorf 1909.

Cropp, Der Diebstahl nach dem älteren Rechte der freyen Städte Hamburg, Lübeck und Bremen in Criminalistische Beyträge von M. Hudtwalker. Hamburg 1825.

Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach deutschem Recht. Bonn 1877.

Dollmann, Die Entwendung nach den Quellen des gemeinen Rechts, Kempten 1834.

Dörr, Ueber das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen, 1897.

— Die Unterschlagung von Wertpapieren und die strafbaren Handlungen des Depotgesetzes vom 5. 7. 1896. Würzburg 1902.

Ebermayer, Lobe, Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch, Berlin-Leipzig 1925.

Eckstein, Ueber den Begriff der strafrechtlichen Zueignung, in G.S. Bd. 80.

— Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände, in G.A. Bd. 59.

v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen, peinlichen Rechts, Gießen 1828.
Flegenheimer, Das Problem des dolosen Werkzeugs, Strafrecht. Abhandlungen Heft 164.
Frank, Das Strafgesetzbuch des Deutschen Reichs, 17. Aufl. Tübingen 1926.
Friedländer, Der Mundraub, in Z. Bd. 11.
Gerland, Deutsches Reichsstrafrecht, Berlin-Leipzig 1922.
v. Gierke, Deutsches Privatrecht II, Leipzig 1905.
— Die soziale Aufgabe des Privatrechts. Berlin 1889.
Graf Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen. Berlin 1905.
Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl G.A. Bd. 47.
Hartmann, Der Diebstahl an Sparkassenbüchern, G.S. Bd. 52.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1886.
His, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur Karolina, München 1928.
Höpfner, Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf, 1910.
— Zur Lehre von der mittelbaren Täterschaft, Z. Bd. 22.
Huber, Die Lehre von der Unterschlagung, Neresheim 1875.
Kohler, Leitfaden des deutschen Strafrechts, Leipzig 1912.
Köstlin, Die Lehre von der Unterschlagung, G.A. Bd. 4.
— Der Diebstahl nach dem deutschen Recht in der Karolina, München 1856.
Krebs, Ueber den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, Breslau 1915.
v. Kujawa, Zur Auslegung des § 246 des Reichsstrafgesetzbuches G.A. Bd. 51.
Lammert, Der Begriff des Gewahrsams in den §§ 242 und 246, Heidelberg 1909.
Lehmann, Zur Lehre vom objektiven Tatbestand der Sachbeschädigung, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 119.
— Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handlungen, Rostock 1911.
v. Lilienthal, Grundriß zur Vorlesung über deutsches Strafrecht, Marburg 1900.
— Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt, Z. Bd. 32.
Leutz, Die Sachbeschädigung, Freiburg 1914.
v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin 1927, 25. Aufl.

Löning, Der Vertragsbruch im deutschen Recht, Straßburg 1876.
Maschke, Das Eigentum im Zivil und Strafrecht, Berlin 1895.
Micelli, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 72.
v. Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1927, 11. Aufl.
Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Berlin 1901.
Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. herausgeg. von Zoepfl, Heidelberg 1842.
Petri, Die mittelbare Täterschaft, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 125.
v. Pradzynski, Sachbeschädigung und Aneignung, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 88.
Reichsjustizministerium, Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920.
Röhricht, Die rechtliche Natur der Anstiftung, Strafrechtl. Abhandlungen, Heft 163.
Rotering, Ueber die Zueignung im Sinne der §§ 242 und 246 Strafgesetzbuch, G.A. Bd. 36
Sachsenspiegel, Herausgeg. von Prof. Weiske, 9. Aufl. Leipzig
Sauer, Der Zueignungsbegriff, G.A. Bd. 63.
Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909—1927. Mannheim 1927.
Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Leipzig 1874.
Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, Berlin 1914.
Schwenger, Der sogenannte Diebstahl an Sparkassenbüchern, Freiburg 1902.
Stammler, Wirtschaft und Recht, Leipzig 1914.
Ullmann, Ueber den Dolus beim Diebstahl, Mannheim 1870.
Wachenfeld, Lehrbuch des Strafrechts, München 1914.
Winter, Die mittelbare Täterschaft, Münster 1917.
Zimmer, Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstrafgesetzbuch, Halle 1913.

Zeitschriften.

Archiv für Strafrecht und Strafprozeß	= G.A.
Deutsche Juristenzeitung	= D.J.Z.
Der Gerichtssaal	= G.S.
Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht	= L.Z.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	= Z.

Lebenslauf.

Am 8. Oktober 1902 wurde ich in Breslau geboren. Dort besuchte ich ab Ostern 1909 die Ev. Realschule I. Nach dem Erhalt des Reifezeugnisses für Obersekunda Ostern 1918 trat ich in den Reichspostdienst ein. Auf Grund der Personalabbauverordnung schied ich Ostern 1921 aus und widmete mich bis Ostern 1923 in Frankenhausen (Kyffh.) kaufmännischer Tätigkeit. Nach Rücksprache mit dem Leiter des Thür. Realgymnasiums in Frankenhausen (Kyffh.) wurde ich Ostern 1923 nach Obersekunda des vorerwähnten Gymnasiums übernommen und legte im Herbst 1924 die Reifeprüfung ab. Anschließend widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaften in Halle, Breslau und Genf und bestand am 16. Februar 1928 die erste juristische Staatsprüfung, am 12. März 1928 die mündliche Prüfung zur Erlangung der juristischen Doktorwürde. Seit 15. März 1928 bin ich als Gerichtsreferendar tätig.